

UNIVERSITÉ DE CAEN. — FACULTÉ DE DROIT

THÉORIE GÉNÉRALE du CONTRAT AVEC SOI-MÊME

Étude de droit comparé

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le samedi 7 février 1903, à 3 heures 1/2 de l'après-midi

PAR

Louis GOUGET

Avocat

Lauréat de la Faculté de Droit de Caen
(années 1896-1897-1898)

Thèse
CAEN

Imprimerie Charles VALIN

7 ET 9, RUE AU CANU, 7 ET 9

—
1903
—

THÉORIE GÉNÉRALE
du
CONTRAT AVEC SOI-MÊME

Étude de droit comparé

UNIVERSITÉ DE CAEN. — FACULTÉ DE DROIT

THÉORIE GÉNÉRALE du CONTRAT AVEC SOI-MÊME

Étude de droit comparé

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le samedi 7 février 1903, à 3 heures 1/2 de l'après-midi

PAR

Louis GOUGET

Avocat

Lauréat de la Faculté de Droit de Caen
(années 1896-1897-1898)



CAEN

Imprimerie Charles VALIN

7 ET 9, RUE AU CANU, 7 ET 9

—
1903



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

Année scolaire 1902-1903

DOYEN :

M. Edmond VILLEY (✱, I. ☉), correspondant de l'Institut, membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique.

PROFESSEURS :

MM. DANJON (I. ☉), assesseur du Doyen, professeur de *Droit commercial*, chargé du cours de *Droit maritime*.

Edmond VILLEY (✱, I. ☉), professeur d'*Économie politique*, chargé des cours de *Droit constitutionnel comparé* et de *Législation financière*.

LAISNÉ DES HAYES (✱, A. ☉), professeur de *Droit civil*.

GUILLOUARD (✱, I. ☉, C. ✱, G. O. ✱, C. I. C. ✱, O. ✱, L. ✱), professeur de *Droit civil*.

LEBRET (I. ☉), professeur de *Droit civil*, ancien Ministre de la Justice.

CABOUAT (I. ☉), professeur de *Droit international public et privé*, chargé du cours de *Législation industrielle*.

— VI —

MM. BIVILLE (A. ) , professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours de *Droit administratif*.

DEBRAY (A. ) , professeur de *Droit romain*, chargé d'un cours d'*Histoire du Droit français*.

LE FUR, professeur de *Droit administratif* et chargé du cours d'*Éléments du Droit constitutionnel*.

ASTOUL, professeur de *Droit romain* et chargé du cours de *Pandectes*.

AGRÉGÉS :

DEGOIS, chargé du cours de *Droit criminel* et du cours de *Droit civil approfondi et comparé*.

GENESTAL, chargé des cours d'*Histoire générale du Droit français*, d'*Histoire du Droit public français*, et du cours sur la *Coutume de Normandie*.

ALLIX, chargé des cours d'*Economie politique* (doctorat), et d'*Histoire des doctrines économiques*.

SECRÉTAIRE

M. GILLET (I. ) , secrétaire de l'Université de Caen.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

à mon savant et sympathique maître

M. EUSTACHE PILON, AGRÉGÉ

JURY D'EXAMEN

MM. DANJON, *professeur*, PRÉSIDENT DE LA THÈSE.

BIVILLE, *id.*

DEBRAY, *id.*

BIBLIOGRAPHIE

- ARNO. — *Contratto con se medesimo*, dans l'*Archivio giuridico*
— Pise, 1896, tome 36, § 37.
- AUBRY et RAU. — *Traité de droit civil français*. — Paris, 1871-79,
et la nouvelle édition de MM. Rau et Falcimaigne.
- BÄHR. — *Gegenentwurf*, etc., cité par Arno dans l'*Archiv*.
- BECHMANN. — *System des Kaufs nach gemeinem Rechte*. —
Erlangen, 1884.
- BEHREND. — *Lehrbuch des Handelsrechts*. — Berlin et Leipsig, 1886.
- BEKKER. — *System des heut., Pandekten*. — Weimar, 1889.
- BOEKELMANN. — *Über die Stellung der bürgerlichen Gesetz-
buchs... zu der Frage des Selbstcontrahirens des Stell-
vertreters*. — *Revue de droit romain et de droit allemand*.
— Magdebourg, 1898.
- BREIT (James). — *Das selbsteintrittsrecht des Kommissionärs*.
— Leipsig, 1899.
- COGLIOLO. — *Trattato teorico e pratico della amministrazione*.
— Florence, 1890.
- CAPITANT. — *Introd. à l'étude du dr. civ.* — Paris, 1898.

CHIRONI. — *Il titolo al portatore, sua entità giuridica*. — Turin, 1888.

CHAMPCOMMUNAL. — Noté sous Cass. (Pand. fr. périod., 1898, 1, 135.)

DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*, 5^e édit. — Paris, 1872.

DERNBURG. — *Vormundschaftsrecht et Pand.*, vol. 1^{er}. — Berlin, 1890.

DREYFUS (Albert). — *Du commissionnaire en bourse et en marchandises*. — Annales de dr. comm., 1898.

DURANTON. — *Du Mandat*, vol. X du dr. civ. fr. — Bruxelles, 1834.

ECCRUS. — *Preussichen Privatrecht*, cit. par Arno.

GAUDEMET. — *Le transport de dettes*, thèse. — Paris, 1897.

GLÜCK. — *Pandekten* (trad. Serafini et Cogliolo). — Milan, 1893.

GRÜNHUT. — *Das Recht des Kommissionshandels*. — Vienne, 1879.

GRADENWITZ. — *Interpolationen in den Pandekten*. — Berlin, 1887.

GUILLOUARD. — *Des contrats aléatoires et du mandat*. — Paris, Pedone-Lauriel, 1890.

GUILLOUARD. — *De la vente et de l'échange*. — Paris, Pedone-Lauriel, 1890.

HAHN (von). — *Beitrag zur lehre von Kommissionsgeschäft*, dans la *Revue de Goldschmidt*, III, 29.

HUC. — *Commentaire théorique et pratique de dr. civ.*, tome 10.

HERING. — *Jahrbuch*. — Iéna, 1881.

LABBÉ. — *Append. aux Instit. d'Ortolan*, 12^e édit. — Paris, Plon, 1883.

LAGOUR. — Notes dans Dalloz et Sirey.

LEPA. — *Die Lehre vom Selbsteintritte... des Kommissionshandels*. — Stuttgart, 1885.

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. — *Du prête-nom agissant en nom propre*, thèse. — Caen, 1898.

LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de Dr. comm.*. — Paris, Pichon, 1898.

KOHLER. — *Gesammelte Abhandlungen, etc.*

KRESCHMAR. — *Le Secum pensare*. — Giessen, 1886.

MITTEIS. — *Lehre von der Stellvertretung*. — Vienne 1885.

MUSKAT. — *Der Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst*. — *Revue de Goldschmidt*, vol. 23. — Stuttgart, 1887.

PICCINELLI. — *Appunti e rilievi intorno al contratto con se medesimo, etc.* — *Moniteur des Tribunaux*. — Milan, 26 nov. 1898.

PLANIOL. — *Tr. élém. de Dr. civ.* — Paris, Pichon, 1901-1905.

PILON. — *Essai d'une théorie générale sur la Représentation*, thèse. — Caen, 1897.

PUCHTA. — *Pandekten*, 2^e édit. — Leipzig, 1872.

RÖMER. — *Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst*, *Revue de dr. comm.* — Erlangen, 1874.

RÜMELIN. — *Das Selbstcontrahiren des Stellvertreters*. — Fribourg, 1888.

SRAFFA (Angelo). — *Contratto del commissionario con se medesimo* dans l'*Arch. giuri.* — Pise, T. LXI.

SCHLOSSMANN. — *Die Lehre von der Stellvertretung*, 2 vol. — Leipzig, 1900 et 1902.

SALEILLES. — *Th. de l'obligation dans le code civil allemand.* — Paris, 1897.

SALMAN. — *Die duplex Persona in Handelsrecht.* — Stuttgart, 1892.

SIEBER (Theodor). — *Komm. nach. gem. Rechte, der Stellvertreter mit sich Selbstcontrahiren*, thèse. — Francfort-sur-l'Oder, 1896.

TROPLONG. — *Du mandat.* — Paris, 1856.

THALLER. — *Traité de dr. comm.* — Paris, 1898.

+ Note sous cass. (D. 98, 1, 65.)

VIDARI. — *Sulle cambiali, etc., Giornale delle legi.* — Genève, 1881.

WAHL. — Note sous Paris, 29 sept. (1897. S. 98, II, 121.)

WINSCHIED. — *Lehrbuch des Pand.*



INTRODUCTION

I

L'idée de contrat évoque nécessairement l'idée de relation. Qu'il crée ou éteigne des obligations, qu'il transfère des droits réels, le contrat apparaît toujours comme un instrument d'échange destiné à créer ou à rompre des liens entre personnes différentes ou patrimoines divers. On ne le conçoit point sans l'existence de ces patrimoines ou de ces personnes : la suppression de l'un des êtres juridiques entre lesquels il se forme, entraîne son propre anéantissement, comme la suppression de l'un des termes d'un rapport mathématique affecte dans son existence le rapport lui-même.

A supposer donc une personne unique et un seul patrimoine, on ne voit point comment un contrat pourrait naître : aucune relation ne se créerait au profit de la personne avec elle-même, pas plus que des liens contractuels ne pourraient se former entre les divers éléments du patrimoine.

Moyen de communication entre domaines juridiques séparés, le contrat ne peut s'imaginer en présence d'un domaine unique.

C'est pourquoi il est vrai, en un certain sens, de dire que l'on ne peut contracter avec soi-même ; mais cette proposition ne peut signifier qu'une chose, à savoir : *Que les effets d'un contrat doivent se produire d'une façon externe, c'est-à-dire entre patrimoines différents et non point d'une façon interne, dans les limites d'un patrimoine unique.* En ces termes, l'impossibilité de contracter avec soi-même apparaît comme une vérité incontestable ; ainsi entendu, le contrat avec soi-même ne serait qu'une monstruosité juridique, une contradiction flagrante, quelque chose comme le cercle carré de Spinoza.

D'intéressantes conséquences découlent de cette prohibition de contracter avec soi-même. C'est ainsi que :

1° L'on ne peut acquérir sa propre chose. Cela est évident : acquérir, cela signifie augmenter son patrimoine d'une quantité qui ne s'y trouve point encore. Si, par hypothèse, la quantité fait déjà partie du patrimoine, il est inutile d'accomplir un acte juridique quelconque pour l'y introduire ¹.

1. Cf. PAUL.—Dig. xvii, frag. 22, § 3 : *Cum rem tuam emas, nulla est emptio in tua persona rei tue.* — Dig. xxii, i, p. 22 § 3. — Dig. xviii, 2, p. 13, § 1.

2° Non seulement l'on ne peut acquérir sa propre chose, mais il est inadmissible de penser que l'on puisse créer sur son propre patrimoine un droit réel quelconque autre que celui de propriété.

La règle « *Nulli res sua servit* » exprime, elle aussi, une vérité juridique absolue.

Se créer, à son propre profit, une servitude ou une hypothèque sur son fonds ne serait point donner naissance à un droit nouveau.

Le propriétaire, par hypothèse, possède sur l'objet tous les droits ; s'il démembre son droit absolu de propriété à son profit personnel, il ne saurait ajouter un atome à sa puissance primitive ¹.

3° Enfin, si l'on ne peut ni acquérir sa propre chose, ni constituer un droit sur elle, cela tient à une cause générale, l'impossibilité de tenir, relativement à son propre patrimoine, deux situations différentes : celle de créancier et celle de débiteur. Quiconque tient, dans ces conditions, les deux rôles opposés de sujet

1. En cette matière toutefois, il faut se garder de l'exagération ; la pratique connaît en effet, dans certains pays, l'hypothèque sur soi-même, réalisée au moyen de la cédula hypothécaire. La loi française de thermidor an III établissait ce droit « de prendre hypothèque sur « soi-même » ; aujourd'hui, il existe encore en Allemagne. — Sur tous ces points, voir : GUILLOUARD, *Priv. et Hyp.*, tome 1^{er}, p. 44 ; — BESSON, *Liv. fonc. et la réf. hyp.*, p. 92 ; — LEHR, *El. de d. c. germ.*, 1, n° 109-110 et ss. ; — *Annuaire de législ. étrangère*, 1873, p. 208 ss. ; — G. RONDEL *La mob^{on} du sol en France*. Paris, 88, p. 242 et ss.

actif et passif de l'obligation fait nécessairement œuvre vaine : vendeur, il fait sortir de son patrimoine un objet déterminé ; mais, s'instituant son propre acheteur, il l'y fait rentrer sans solution de continuité et pour ainsi dire dans le même sursaut de volonté. L'opération est finalement nulle et ne change rien à l'état antérieur des choses. L'activité, s'exerçant en deux sens opposés, se détruit elle-même, comme, dans l'addition algébrique, deux quantités égales affectées de signes différents s'annulent. Ce qu'il faut donc proclamer, ce n'est pas seulement l'impossibilité de se vendre à soi-même sa chose, ou de constituer sur elle à son profit propre un droit réel quel qu'il soit, c'est l'impossibilité de conclure, relativement à des objets de son propre patrimoine, un contrat avec soi-même ¹.

II

Mais ce n'est point sous cet aspect désavantageux et vraiment trop simpliste qu'il faut envisager la théorie du contrat avec soi-même.

1. La Cour d'appel de Genève a néanmoins admis la validité du chèque tiré sur soi-même : « L'assegno bancario può essere valida-
« mente tratto sulla stessa persona dell'emittente, in ispecie nel caso
« di società o banche aventi più sedi o rappresentanze. » (Foro ital.
1895, 1, 628 et ss., et la note de Franchi.)

A dire vrai, cette théorie n'est que l'une des faces du problème plus vaste de la représentation dans les obligations.

D'une façon générale, et sauf à préciser plus loin cette notion, on peut dire qu'il y a représentation dans tous les cas où une personne, le représentant, accomplit un acte juridique qui, finalement, produira ses effets dans le patrimoine d'une autre personne, le représenté¹. Représentant le mandataire, représentant encore le gérant d'affaires ; représentant enfin, au moins dans une certaine conception, le commissionnaire.

Cette idée élémentaire de la représentation rappelée, il est maintenant possible de poser la question du contrat avec soi-même. Voici, par exemple, un mandataire chargé de vendre un immeuble : peut-il s'en rendre acquéreur ? De même, un commissionnaire ayant reçu l'ordre de vendre des marchandises ou des valeurs pour son client, peut-il se porter acheteur ? Et pour réunir tous les exemples pratiques dans une formule théorique et synthétique du problème, « celui qui fait un acte juridique en qualité de représentant d'autrui peut-il tenir les deux rôles dans cet acte, agir à la fois pour le compte

1. Nous verrons plus loin qu'il y a divergence sur ce point, et que certains auteurs admettent la représentation directe et indirecte tandis que d'autres n'admettent que la représentation directe.

d'autrui et pour son propre compte? Peut-il avoir, selon l'expression imagée de ¹ Cogliolo, *due vesti giuridiche*? Autrement dit encore, le représentant peut-il se porter contre-partie du représenté »? Et, à supposer qu'il représente deux personnes, peut-il, par sa seule volonté, conclure un contrat qui obligera les deux personnes représentées, et enfin, pour employer les expressions synonymes, mais plus caractéristiques de la doctrine allemande, le représentant peut-il contracter avec lui-même?

III

Vainement chercherait-on un principe susceptible de résoudre le problème que nous venons de formuler, dans le droit positif français ². A peine çà et là apparaissent de rares

1. Vid. COGLIOLO, *Trattato teorico e pratico della amministrazione degli affari altrui*, vol I, Florence, page 446. Une nouvelle édition de cet ouvrage a paru en 1900.

2. Jusqu'ici, les jurisconsultes français ne se sont pas occupés de la question. Pour eux, il semble que l'inadmissibilité du contrat avec soi-même constitue une sorte d'axiome indestructible. (Vid. *Traité généraux de droit civil*, sous article 1596.)

En France, à part les notes de jurisprudence de MM. Lacour Champ communal et Thaller, et l'intéressant chapitre de M. Pilon, que nous aurons l'occasion de citer plus tard, il n'existe rien sur la question.

Il est bon toutefois de noter un article de M. Planiol, paru en 1886 dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*: « Régime dotal. — Règlement d'une succession en partie dotale et en partie

solutions d'espèces. Les articles 450 et 1596 du Code civ.; 711, 963 et 988 du Code de proc. civ., l'article 6 de la loi du 18 juillet 1866, qui déclarent certaines personnes incapables d'acheter les biens qu'elles sont chargées de vendre; — l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867, sur les sociétés, qui interdit à l'administrateur d'une société anonyme de prendre intérêt dans un marché fait pour le compte de la société; l'article 52 de la loi municipale du 5 avril 1884, qui, dans les séances où les comptes d'administration du maire sont débattus, oblige celui-ci à se retirer au moment du vote: tels sont les rares textes sur lesquels il nous faut édifier une théorie générale qui se tienne.

C'est ainsi que déjà des constructions juridiques ont été élevées, de la théorie de la subrogation réelle et du droit de rétention, sur des documents fragmentaires du droit positif.

Cette étude n'a d'autre objet que d'essayer une construction semblable, en ce qui concerne le « Contrat avec soi-même ».

Si cette construction n'a pas encore été tentée en droit français, on trouve au contraire, en

paraphernale échue à la femme. » — M. Planiol semble d'abord rejeter vivement l'hypothèse d'un contrat avec soi-même: « La femme contracte-
« terait donc avec elle-même.... Ce serait un non-sens juridique.... »
Mais finalement, il admet une sorte de *Selbstcontrahiren* judiciaire
(Vid. *Revue critique*, 1886, PLANIOL, *art. cité*, p. 305, § 66.)

Allemagne et en Italie, quelques travaux sur ce que les jurisconsultes allemands appellent le *Selbstcontrahiren* ¹.

Ces travaux sont fort intéressants, mais, à la vérité, assez ardu, et on peut leur reprocher d'une façon générale d'avoir fait une trop large place aux considérations abstraites.

Comme l'a cependant enseigné un des leurs, Ihering ², une construction juridique est sans valeur scientifique, si elle s'alimente uniquement de considérations philosophiques. Pour ne pas rester vaine et stérile, elle doit s'appuyer aussi sur l'observation des réalités pratiques.

C'est pourquoi, dans notre construction de la théorie du contrat avec soi-même, nous avons

1. RÜMELIN. — *Das Selbstcontrahiren des Stellvertreters*, Fribourg, 1888.
- RÖMER. — *Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst*, in *Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht*. Eilangen, 1874.
- LEPA. — *Die Lehre vom Selbsteintritte des Kommissionärs*.
- MUSKAT. — *Der Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst*.
- MITTEIS. — *Die Lehre von der Stellvertretung*, 1885.
- SCHLOSSMANN. — *Das contrahiren mit offener Vollmacht*, 1892.
- RUHSTRAT. — *Ueber Savigny's Lehre von der Stellvertretung*. — *Jahrbücher*, 1888.
- SALMANN. — *Die duplex Persona in Handels*, etc.
- JAMES BREIT. — *Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs*.
- ARNO. — *Il contratto con se medesimo*. (*Archivio giuridico*, 1896, t. 56 et 57.)
- TARTUFARI. — *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti*, 1892. *Archiv. Giurid.*, t. 42.
- ANGELO SRAFFA. — *Il contratto del commissionario con se medesimo* (*Archiv. giurid.*, t. 56, nouv. série, 2.)
2. *Esprit du dr. rom.*, trad. Meulenaere, t. 1^{er}.

fait une large place au sentiment de la vie réelle, tel qu'il se dégage de la jurisprudence et du droit comparé.

IV

Au reste, l'étude du contrat avec soi-même n'est pas seulement intéressante en ce qu'elle ouvre la porte toute grande à ce que M. Gény a appelé, d'un mot qui a fait fortune, « la libre recherche scientifique ».

Elle l'est aussi par la portée pratique considérable que peut avoir le principe de solution adopté, suivant qu'on admet comme règle l'impossibilité du contrat avec soi-même, ou qu'au contraire, on reconnaît en principe aux représentants le droit de contracter avec eux-mêmes, soit d'une façon absolue, soit dans certaines limites.

Elle l'est enfin parce que l'admission du contrat avec soi-même marque une étape nouvelle accomplie dans le perfectionnement de la théorie générale de la représentation et, plus généralement, du droit des obligations dont elle n'est qu'un fragment.

Si nous jetons en effet un coup d'œil rapide sur l'histoire du droit, nous assistons à une évolution parallèle de l'idée d'obligation et de la notion de représentation.

D'abord, dans le droit primitif, qui a pour caractéristique de rattacher tous les rapports de droit à une forme, aucune obligation (sauf les obligations de famille) ne dérive de la volonté seule. La promesse seule ne peut créer un lien.

Puis la stipulation se dégage de la *res*, et l'on assiste à l'introduction du rôle de la volonté dans le domaine du droit, à l'éclosion du principe de l'autonomie de la volonté, qui va devenir le pivot de la théorie des obligations.

Cette puissance juridique de la volonté n'apparaît d'ailleurs que graduellement, suivant une évolution qui accuse trois phases :

La première se caractérise par l'avènement de la promesse, mais soumise encore à certaines formes ; dans la seconde, on assiste à la disparition des formes et à la sanction juridique donnée au seul accord des volontés ; dans la troisième enfin apparaît ce qu'on a appelé le principe du « monopole de la volonté individuelle », en ce sens que la volonté, non seulement fonde le contrat, mais encore en délimite le contenu, c'est-à-dire l'étendue des obligations qui en résultent ¹.

Or, nous assistons à une évolution parallèle du rôle de la volonté dans la représentation.

1. Sur tous ces points, voir CUQ, *Institutions jur. des Rom.*, t. 1^{er} et II, et aussi GAUDEMET, thèse (introduction).

On sait, en effet, que l'ancien droit romain, peut-être surtout par des raisons de formalisme, n'admettait pas originairement le principe de la représentation : tout au plus *admit-il* plus tard une représentation indirecte avec le système des actions *adjectitiæ qualitatis*, indirecte en ce sens que le contrat passé par une personne pour le compte d'autrui produisait d'abord ses effets sur la tête de l'intermédiaire, qui devait ensuite les transmettre à son préposant.

Puis, dans une deuxième phase, apparaît la représentation proprement dite : on admet que l'acte fait par le mandataire produit directement son effet dans le patrimoine du *mandant*. Pourquoi, en effet, du moment où le représenté, le représentant et le tiers contractant ont la volonté commune de faire un acte qui lie seulement deux patrimoines, celui du représenté et du tiers, ne pas reconnaître cette volonté et lui donner une valeur juridique ?

Et enfin, si la volonté de celui qui a donné mandat ou commission à une personne en vue d'un acte juridique donné, peut être interprétée comme tendant surtout à l'accomplissement de cet acte, sans se soucier de la personne qui sera contre-partie, il semble tout naturel et conforme au principe suprême de l'autonomie de la volonté de conclure à la validité du contrat

dans lequel un représentant se porte lui-même contre-partie ¹.

Ainsi, le contrat avec soi-même apparaît comme l'un des stades de l'évolution de la notion de représentation.

Sans doute, le droit romain nous offrira quelques exemples de contrat avec soi-même, comme il offre quelques hypothèses de représentation.

Mais les Romains n'ont pas connu la théorie générale du contrat avec soi-même, et ils ne pouvaient pas la connaître, puisqu'ils n'ont jamais admis d'une façon générale la représentation proprement dite, ni donné à la volonté toute sa valeur juridique. Aussi bien, le droit moderne ne sanctionne-t-il pas non plus le contrat avec soi-même comme tel. Mais comme, d'une part, il reconnaît le principe de la représentation, que, d'autre part, il permet de donner à la volonté de l'homme toute sa valeur juridique, il rend possible à l'interprète de découvrir la formule doctrinale du problème, en attendant que le législateur lui donne une sanction positive.

L'on aperçoit maintenant à merveille le caractère de la tâche qui nous est imposée, si nous voulons construire la théorie générale du

1. PILON Thèse.— *De la Représentation dans les obligations*, passim.

contrat avec soi-même. L'on se rend également compte que l'étude entreprise par nous doit, comme d'elle-même, se diviser en deux parties bien distinctes: l'une théorique, l'autre ayant trait plus spécialement au droit positif.

Nous allons essayer, dans une première partie, de dégager la formule théorique du contrat avec soi-même et, dans une seconde, de déterminer son domaine d'application dans le droit positif ancien et moderne.

PREMIÈRE PARTIE

NOTION THÉORIQUE DU CONTRAT AVEC SOI-MÊME

CHAPITRE I^{er}

LE RÔLE DE LA VOLONTÉ DANS LA REPRÉSENTATION

Avant d'aborder l'étude du contrat avec soi-même et d'essayer de dégager sa nature juridique, il nous faut préciser un peu la notion de représentation. Bien que, depuis quelques années, à l'étranger comme en France, de nombreux auteurs aient fait paraître ¹ sur ce sujet d'intéressants ouvrages, on peut dire qu'un vaste domaine reste encore sur ce sujet réservé à l'observation du jurisconsulte.

Qu'est-ce que représenter ? Y a-t-il une représentation directe et une représentation indirecte ? D'autre part, qui contracte dans le phénomène de la représentation ? Autant de questions sur lesquelles on est loin de s'accorder.

1. LABBÉ, *Appendice IX aux Institutes d'Ortolan*, t. II p. 865 et suivantes.

GAUCKLER, Cours sur la représentation en droit romain, professé à la Faculté de Caen.

ACCARIAS, *Précis de droit romain*, t. II, n° 636.

ZIMMERMANN, *Die Lehre von der Stellvertretung negotiorum gestio*.

WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pand.*, I, § 73.

MITTEIS, *op. cit. sup.*

RUHSTRAT, *op. cit. sup.*

Au reste, voir PILON, thèse cit., page 5.

Or, il nous est nécessaire de prendre parti sur ces divers points ; car nous avons déjà vu que le problème de l'admissibilité du contrat avec soi-même se lie étroitement au problème de la représentation.

I. — Suivant Scheurl, la représentation « consiste en cela que quelqu'un contracte au nom d'un autre avec le même effet que si ce dernier avait contracté » ¹.

Cette définition, que l'on peut au reste rapprocher de celle de Unger : « Représenter est accomplir un acte juridique au lieu d'un autre, avec l'intention que l'acte produise son effet comme s'il avait été conclu par la personne du représenté » ¹, a l'avantage de ne rien préjuger, et de ne pas exclure sans examen la représentation indirecte. Il ne faudrait pas d'ailleurs lui adresser le reproche de prendre, selon l'expression de M. Labbé ², « le mot de représentation dans le sens vague d'agir pour le compte d'autrui » ; elle précise en effet, puisqu'elle indique que le fait d'agir pour le compte d'autrui est accompagné de l'intention de produire des effets juridiques dans son patrimoine.

1. SCHEURL, *Kritische Ueberschau*, L. I, 35. — Adde : MUND, cit. par Pilon, *op. cit.* p. 49. — UNGER, *Österr. Privatrecht*, II, p. 135 note 22.

2. LABBÉ, *Appendice IX aux Institutes d'Ortolan*, 12^e édition, p. 865. Adde : VIGNES, *Des rapports de la gestion d'affaires et de la stipulation pour autrui*, p. 272.

Mais, disent certains auteurs, elle a un grand inconvénient : elle n'indique point si *les effets* de l'acte accompli se produisent dans le patrimoine d'autrui instantanément ou après coup, directement ou indirectement. Or, on ne représente vraiment que lorsqu'on accomplit un acte dont les effets se produiront pour ainsi dire mécaniquement au profit d'un autre : il n'y a de vraie représentation que la représentation directe.

II. — A la vérité, on est loin d'être d'accord sur ce point.

Laband ¹, Tartufari ², Arndts ³, Mitteis ⁴, Dernburg ⁵, ne connaissent que la représentation directe ; et, s'ils parlent d'une représentation imparfaite ou impropre, c'est uniquement pour déclarer qu'ils n'en sauraient accepter la notion. En cela, ils sont suivis par les auteurs français les plus récents ⁶.

1. LABAND, *Die Stellvertretung*, etc., p. 196 et suivants.

2. TARTUFARI, *op. cit.*, p. 8, n° 6.

3. ARNDTS, *op. cit.*, p. 258.

4. MITTEIS, p. 96. — *Kritische Blätter*, n° 2, p. 7.

5. DERNBURG, cité par Mitteis.

6. Parmi ces auteurs, Labbé nous semble avoir donné la formule qui résume le mieux l'opinion de ceux qui ne veulent pas admettre la représentation indirecte. « Nous prenons, dit-il, le mot dans son sens propre : représenter, c'est rendre présent. Le représentant disparaît sous la figure du personnage qu'il fait parler, agir. Bien souvent, trop souvent, le mot est pris dans le sens vague d'agir pour le compte d'autrui. La correction du langage élucide les idées, facilite le raisonnement ». LABBÉ, *op. cit.* : — Cette théorie est également adaptée par M^r Lerebours-Pigeonnière au « prête-nom, mandataire ou gérant

Parmi ces derniers, MM. Labbé et Pilon affirment que représenter, c'est rendre une personne partie à un contrat en lui faisant recueillir directement les effets de ce contrat.

Mais d'autres auteurs, parmi lesquels se reçoivent Windscheid¹ et Capitant², distinguent entre deux catégories de représentation : 1° la représentation directe ou parfaite, dans laquelle « l'acte accompli par le représentant au nom du représenté ou principal, et pour son compte, produit immédiatement ses effets dans le patrimoine de ce dernier comme s'il avait lui-même contracté, le représentant restant complètement en dehors de ce contrat, quant aux droits ou obligations qui en naissent » ; 2° la représentation indirecte, imparfaite ou impropre, dans laquelle le représentant conclut l'acte, « non plus au nom du représenté, mais en son nom propre, comme si, en réalité, il agissait pour son propre compte³ ».

Dans cette dernière catégorie de représenta-

d'affaires agissant en nom propre », Caen 1898. — Cet auteur, dit en effet : Le mandataire ne remplit pas les conditions de la représentation, s'il parle en son nom personnel, p. 4.

1. WINDSCHEID, *op. cit.*, p. 190, n° 1. Cet auteur distingue la représentation quant à la volonté, et la représentation quant à la déclaration de volonté.

2. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 1898, p. 306. (Le représentant est un intermédiaire.)

3. PILON, *op. cit.*, p. 18, 19, 20 et 21. — Adde : TARTUFARI, *op. cit.*, p. 6, n° 6.

tion, « les effets se produisent d'abord dans le patrimoine du représentant, qui les transmet ensuite au représenté ».

Cette distinction ne nous semble pas mal fondée. — A la vérité, dans le sens restreint, le mot représentation semble bien ne s'appliquer qu'à la représentation directe, mais ce mot comporte un sens plus large. Tout d'abord, dans le langage pratique, dont il faut tenir compte, même dans les spéculations théoriques les plus abstraites, le terme représentant s'applique tout aussi bien au représentant indirect, le commissionnaire, qu'au représentant direct, le mandataire. D'autre part, si l'on va au fond même des choses, l'on s'aperçoit rapidement qu'aucune différence essentielle et métaphysique n'existe entre la représentation directe et la représentation indirecte : mandataire et commissionnaire contractent pour le compte d'autrui ; ils remplacent, ils représentent ; leurs opérations ont un lien commun, disons mieux, un même caractère spécifique, qui est l'action pour le compte d'autrui. Au reste, cette action, chez l'un comme chez l'autre, a des effets analogues : l'un et l'autre, par leur propre fait, créent des droits dans le patrimoine d'autrui. Sans doute, le représentant direct ne conserve à aucun moment les effets juridiques de l'acte de représentation sur sa tête, tandis qu'au rebours, le représentant

indirect les fait naître tout d'abord, sinon à son propre profit, du moins à son nom propre. Mais ce n'est là qu'une différence accidentelle et contingente, qui a son importance indéniable dans la pratique, mais qui n'est pas suffisante pour faire exclure du domaine de la représentation la représentation indirecte.

Au surplus, si l'on rejette toute notion de représentation indirecte, dans quelle catégorie d'actes rangera-t-on la commission, qui, la plupart du temps, s'accomplit en nom propre ? L'on ne pourra dire que le commissionnaire contracte à son propre profit, puisque les effets de son acte se produiront fatalement tôt ou tard dans le patrimoine du donneur d'ordres, et l'on sera obligé nécessairement de reconnaître que le commissionnaire agit pour le compte d'autrui, crée des actes dont il ne retire point le profit, en somme qu'il représente.

Il y a donc deux catégories de représentation : la représentation directe, la représentation indirecte.

III. — A propos de l'une comme de l'autre, il se pose une délicate question : celle de savoir qui, dans le phénomène de la représentation, est le véritable contractant.

À la vérité, le problème est fort simple en ce qui concerne la représentation indirecte.

Il est, en effet, impossible de supposer un instant l'action de la volonté du représenté dans le contrat passé par le représentant indirect ; il ne vient à la pensée de personne d'imaginer que le donneur d'ordres contracte : chacun sait bien que le vrai contractant, c'est le commissionnaire.

Mais, à s'en tenir uniquement à l'hypothèse de la représentation directe, le point délicat est précisément de savoir qui, du représentant ou du représenté, contracte avec le tiers.

Faut-il admettre le concours réel et unique du représenté au contrat ?

Faut-il admettre à la fois le concours collectif du représenté et du représentant ? Est-il plus juridique de prétendre que le représentant substitue sa personnalité à celle du représenté, de telle sorte que c'est vraiment et uniquement lui qui contracte ?

A. — On s'accorde à reconnaître que toute idée de fiction¹ doit être écartée de la notion de représentation.

Si la représentation dérive de la loi, la volonté du représentant ne saurait être réputée celle du représenté, puisque, précisément, la volonté du représentant supplée à l'absence de

1. *Contra*: LABBÉ, *Dis. sur les effets de la ratif. des actes d'un gérant d'affaires*, p. 11 ; — PILON, *op. cit.*, p. 31.

volonté de la part du représenté. — Si la représentation dérive d'un mandat, l'idée de fiction doit encore être écartée.

Le mandataire n'est point censé avoir manifesté une volonté en harmonie avec celle du représenté; il l'a manifestée réellement: il est inutile d'insister davantage. — Mais, parmi les auteurs qui admettent que l'idée de fiction est incompatible avec la représentation, les uns soutiennent que le représenté contracte lui-même avec le tiers par l'intermédiaire du représentant et à son exclusion; d'autres, que représentant et représenté contractent à la fois; d'autres enfin, que le représentant seul contracte. Les trois opinions méritent examen.

B. — L'opinion de Savigny¹, qui assimile le représentant au *nuntius*, le considère comme une sorte d'*ἄγγελος* homérique, chargé de répéter la phrase dictée par le représenté, en cas de mandat spécial, et réduit, en cas de mandat général, à une initiative restreinte, lui permettant seulement de choisir entre diverses solutions dictées ou censées envisagées par le représenté, n'est plus soutenue de nos jours.

Mais, si l'on n'ose prétendre positivement que le représentant n'est qu'un porteur de

1. SAVIGNY, *Oblig.*, II, § 57, p. 204.

volonté, en fait l'on parvient à un résultat identique. La volonté du représenté, dit-on, est primordiale et fondamentale; celle du représentant, qui s'en distingue, si l'on veut, n'en est que l'écho; — Supprimez la volonté du représenté, celle du représentant n'a plus de base: par où l'on voit que, dans le contrat passé, la volonté du représenté est déterminante, et qu'à regarder l'opération de près, c'est bien le représenté qui contracte¹.

Il est une autre façon d'exprimer cette idée. Le représentant, dit Thol², conclut avec le tiers un contrat avec indication de la déclaration de volonté du représenté, et le représenté conclut le contrat avec le tiers en vertu de cette indication. On peut ajouter que, finalement, les effets de ces deux contrats vont se produire dans le patrimoine du représenté, de sorte que le contrat entre le tiers et le représentant est une pierre d'attente, un moyen pour aboutir au contrat du représenté avec le tiers.

De façon ou d'autre, ces divers systèmes aboutissent à déclarer que le représenté contracte réellement, à l'exclusion du représentant; si bien que, dans le cas où le représentant, au lieu de conclure l'acte dont il est chargé avec un

1. HELLMANN, *Die Stellvertretung, etc.* ..., 1882, p. 16. — CANSTEIN *Vollmacht und Auftrag*, Revue de Grünhut, III, p. 670 et suiv

2. THOL. V. Tartufari, *della Rappresentanza*, n° 436.

tiers, le conclut avec lui-même, deux volontés effectives se rencontrent dans l'opération : la volonté du représenté d'abord, celle du représentant ensuite. Il est vrai que ces deux volontés s'expriment par la même voix, celle du représentant, mais l'unité d'organe importe peu ; chronologiquement, il y a deux volontés en présence.

Une semblable conclusion est peu conciliable avec la théorie exacte de la représentation, et concorde mal avec la réalité des choses. En réalité, si, dans le phénomène de la représentation, on envisage l'hypothèse d'un mandat spécial, il est peut-être possible de soutenir que le mandataire suit la voie tracée d'avance par le mandant ; mais il en est tout autrement dans l'hypothèse d'un mandat général (*ex lege*) ; car, la volonté initiale du représenté faisant défaut, l'on ne peut raisonnablement prétendre que la volonté du représentant n'en est que la reproduction, ou tout au moins le reflet.

A ces reproches, l'opinion de Thöl en joint un autre : elle segmente l'opération en deux actes distincts, et par là, va à l'encontre de la volonté des parties.

Représentant, représenté et tiers veulent l'unité du contrat ; c'est introduire une complication inutile que de distinguer deux contrats différents.

Il est donc fort difficile de faire admettre, si bien que l'on s'y prenne, que le représenté agit réellement au contrat à l'exclusion du représentant.

C. — Aussi, les divers auteurs qui se servent de l'axiome de la pluralité des volontés dans le contrat avec soi-même, se rattachent-ils bien davantage aux systèmes de Mitteis¹ et de Tartufari². Pour ces auteurs, le représentant et le représenté participent l'un et l'autre à la conclusion du contrat, sans pour cela qu'il se forme deux contrats distincts. « Dans les actes « juridiques conclus au moyen d'un repré-
« sentant, dit Mitteis, ni le représentant ni le
« représenté ne peuvent être regardés comme
« agissant seuls. Chacun d'eux au contraire
« agit; c'est la volonté de chacun qui est la cause
« déterminante de la déclaration. Ainsi, l'acte
« juridique résulte de la volonté réunie du
« représentant et du représenté. »

Dans quelle mesure se fait la participation ? Cela dépend :

1. Ou bien le représentant agit en vertu d'un mandat général : dans ce cas, le contrat est tout entier créé par la volonté du représentant ; le

1. MITTEIS, *op. cit.*, p. 126. — V. MUSKAT, *Der Vertrag des Stellvertreters*, § 4, p. 318.

2. TARTUFARI, *op. cit.*, p. 494-495. Adde: RUHSTRAT, *Ueber einige wichtige Grundsätze der negotiorum gestio*, dans Ihering, *Jahrbücher*.

représenté ne fait que prendre le contrat tel qu'il a été conclu par le représenté ;

2. Ou bien le mandat est spécial et le mandataire a d'avance voie tracée par le mandant : dans ce cas, le représentant n'est qu'un organe ; c'est vraiment le représenté qui contracte ;

3. Ou bien encore, le mandat est spécial, mais le mandataire conserve sa liberté d'action sur certains points : dans ce cas, la volonté du représentant et celle du représenté participent l'une et l'autre à la formation du contrat, exercent chacune une influence plus ou moins grande sur cette formation.

Quoi qu'il en soit, dans la majorité des cas, le contrat se forme par le concours des volontés du représentant et du représenté.

Il est bon de remarquer que ce système n'exclut point la possibilité du contrat avec soi-même, mais y voit simplement l'action de deux volontés. Dans cette manière d'envisager les choses, le représentant tient bien encore, du moins *parte in qua*, deux rôles opposés. Mais il est un de ces rôles qu'il partage avec le représenté, dans une proportion variable sans doute, mais qui ne se réduit jamais à zéro : celui-ci participe à la confection du contrat.

D. — Aucun de ces systèmes ne nous satisfait.

Pour nous, le représenté ne contracte pas ; la représentation s'analyse dans la substitution

de la personne du représentant à celle du représenté ¹.

1. Admettre la participation du représenté au contrat, c'est méconnaître la notion même de représentation. Qu'est-ce que la représentation ?

Une institution juridique dont l'objet est d'imprimer en l'esprit du représentant la pensée du représenté, de telle sorte que le représentant la manifeste au tiers ? Ce n'est point alors une institution originale ; elle ne se distingue point du simple message : le représentant remplit l'office d'une lettre ou d'un télégramme, et il n'y a plus moyen de parler de représentation. S'analyse-t-elle dans la coopération du représentant et du représenté à l'acte ? Si cette coopération se décompose en deux contrats successifs, on retombe dans l'hypothèse précédente. La volonté du représenté est la base de celle du représentant, et celle-ci n'est que son reflet : on ne peut encore parler d'une représentation véritable. La coopération est-elle simultanée, de telle sorte que les deux volontés concourent à l'acte, unies comme en un faisceau ? L'idée de représentation doit être rejetée, et fait place à celle d'une collaboration de deux volontés, lesquelles prennent dans l'acte une part plus ou moins grande, mais jamais nulle.

1. PIRON, *De la représentation dans les obligations*, page 40 et ss.

2. La représentation signifie que l'acte accompli par une personne avec un tiers produit effet dans le patrimoine d'une autre personne. — Je représente, cela veut dire j'accomplis un acte qui engendre, dans le patrimoine de mon représenté, les mêmes conséquences que s'il contractait lui-même. Comment ne voit-on pas que, si je n'exprime point dans l'acte ma volonté propre, en réalité, je ne représente point au sens technique du mot, mais que je me contente d'être la doublure et la copie de mon mandant ?

3. Cette faute initiale des auteurs s'aperçoit mieux encore lorsqu'on envisage une à une les diverses hypothèses de la représentation : le mandat général, la gestion d'affaires, le mandat spécial.

Quelle volonté exprime le mandataire général, sinon la sienne ? Aucune voie ne lui est tracée d'avance. Dira-t-on qu'il est uniquement l'organe d'une volonté inexprimée ? Cela est contradictoire et presque ridicule.

A plus forte raison, la volonté du gérant d'affaires ne saurait être l'écho de celle du *dominus*. C'est sans ordre que le gérant a substitué sa volonté à celle du maître.

La ratification postérieure du géré n'est que la constatation tardive de la conformité de la volonté du gérant contractant avec la sienne.

Sans doute, en cas de mandat spécial, la volonté du représentant repose sur celle du représenté comme sur une base certaine ; mais, lorsqu'il parle, ce n'est pas la volonté du représenté qu'il déclare, c'est la sienne propre. Il y a là comme une scission entre la cause et l'effet du contrat : la cause se produit par le fait de l'un ; l'effet naît dans le patrimoine de l'autre. Est-ce une question de mots ? Nullement : le représentant contracte, il doit être capable de contracter ; il est quelqu'un, un être juridique conscient, et non point quelque chose, un instrument. Ce n'est point le passif porteur d'ordres, la lettre que l'on envoie, le télégramme que l'on expédie ; c'est la personne qui conserve son initiative propre.

L'analyse romaine rend parfaitement compte du phénomène. Les jurisconsultes admettent si bien que le mandataire contracte, qu'ils font se produire tout d'abord en son patrimoine propre les effets du contrat. Plus tard, le mandant les recueille ; mais en vertu de quels principes ? Parce qu'il a contracté lui-même ? Non point, mais parce qu'il est censé avoir contracté ? Que signifie cette fiction, sinon que le mandant ne contracte qu'en apparence, non en réalité ?

En réalité, c'est le mandataire qui contracte.

Là-dessus, les anciens auteurs, nos textes

législatifs français et la majorité de notre doctrine sont d'accord ¹.

Cujas et Pothier disent expressément que le mandataire contracte (*contrahit*), tandis que le mandant ne contracte pas (*nihil contrahit*).

L'article 1998 déclare que « le mandant est « tenu d'exécuter les engagements contractés « par le mandataire, etc..... »

Les auteurs ajoutent que, lorsque le *dominus* ratifie l'acte du gérant, « il ne contracte pas de « nouveau avec le tiers ».

Que résulte-t-il de tout cela, sinon que le représentant agit, veut, contracte à l'exclusion du représenté, substitue sa propre volonté à la sienne ?

Cela posé, et les diverses questions qui se soulèvent relativement à la représentation élucidées, il nous est maintenant possible d'aborder le problème que nous avons entrepris : le représentant « peut-il contracter avec soi-même » ? L'examen de la question suppose d'abord la connaissance de la nature juridique du contrat avec soi-même. On ne peut, en effet, avant d'avoir déterminé le caractère spécifique de ce contrat, prendre position dans la question de

1. Sur tous ces points, v. PILON, *loc. cit.*, p. 52, 53, 54 et ss.

2. POTHIER, *Mandat*, éd. Bugnet, p. 207. — *Contra* : GUILLOUARD, *Mandat*, p. 495, n° 184; — TROPLONG, *Du Mandat*, n° 215; — PLANIOL, *Traité élémentaire*, t. 2. édit. 1903, n° 2231 et suiv., et t. 1^{er} n° 298 et s.

savoir : 1° quelles sont ses conditions d'existence, et 2° quels sont ses effets. D'où il suit que l'examen théorique du contrat avec soi-même se divise naturellement en trois points distincts :

1° Nature juridique du contrat avec soi-même ;

2° Conditions de ce contrat ;

3° Effets de ce contrat.

CHAPITRE II

NATURE JURIDIQUE DU CONTRAT AVEC SOI-MÊME

A peine Rümelin ¹ aborde-t-il la construction théorique du contrat avec soi-même qu'il prévoit immédiatement un inévitable reproche : celui d'examiner la question au point de vue purement abstrait et métaphysique, et par là de s'égarer dans les voies obscures de la scolastique.

Ce reproche ne saurait l'arrêter. Il n'ignore point qu'une théorie nouvelle comme celle du contrat avec soi-même nécessite fatalement l'examen de quelques-uns des principes fondamentaux du droit. A défaut de textes certains et vraiment décisifs, de sources formelles, il ne reste aux jurisconsultes que la libre recherche scientifique ; ils doivent découvrir eux-mêmes les éléments objectifs qui détermineront toutes solutions requises par le droit positif ².

C'est précisément notre cas. La possibilité d'un acte comme le contrat avec soi-même ne peut se déduire que de sa conformité avec les

1. RUMELIN, *Das Selbstcontrahiren*, p. 15.

2. Sur ce point, voir : GÉNY, *Méthode d'interprétation*, p. 461 ; — BROCHER DE LA FLÈCHÈRE, *Le droit coutumier et la philosophie du droit*. (Revue de dr. inter., 1877, p. 580 et ss.)

principes les plus incontestables du droit métaphysique; il ne peut apparaître définitivement consacré que s'il se montre à nos regards protégé, pour ainsi dire, d'une solide armure philosophique et critique. Le lecteur pardonnera donc des digressions sur un terrain qui n'est point celui du droit positif: il n'existe pas d'autre méthode d'établir comme il convient l'admissibilité du contrat avec soi-même. Une telle institution n'est acceptable que si son concept n'est point en contradiction flagrante avec la notion métaphysique du contrat. Cette question domine tout l'examen théorique du « contrat avec soi-même ».

L'on se rend compte immédiatement comment elle peut se poser: le contrat avec soi-même apparaît comme un acte que le représentant accomplit seul, un acte engendré par une volonté unique. Soit qu'il se vende à lui-même l'objet que le représenté l'a chargé de vendre, soit qu'il accomplisse, avec l'un de ses représentés, un contrat qu'un autre lui a donné mission de conclure, le représentant préside seul à la formation de l'acte, sa volonté unique s'exprime: qui fait deux déclarations opposées accomplit au même instant de raison deux rôles différents.

Tel est ou du moins paraît être, à ne regarder que l'écorce, le phénomène du contrat avec soi-même.

Est-ce un phénomène antijuridique ?

A-t-il au contraire quelque valeur ? Peut-il produire quelque effet ?

Le doute vient de ce que cet acte, qui dans ses effets apparaît comme un contrat, cesse de revêtir en sa formation l'aspect contractuel. Comme conséquence, il entraîne un lien entre le patrimoine du représentant et celui du représenté ; il crée une obligation véritable, éteint une obligation préexistante ou transfère un droit réel.

Mais ces effets, ces conséquences, il les produit sans exiger en sa texture les éléments mêmes du contrat, puisque, tandis que deux volontés président à la formation du contrat, une volonté unique, du moins en apparence, suffit à former le contrat avec soi-même.

Cet acte se heurte donc à un axiome de droit qui paraît bien indestructible : *Tout contrat, disons mieux, tout acte bilatéral, tout acte qui comporte les deux aspects de l'offre et de l'acceptation, exige la pluralité des volontés.* L'axiome ainsi formulé est, pour ainsi parler, le camp retranché où se tiennent les adversaires de la théorie. Ils déclarent que, le contrat étant par essence un accord, sa conclusion exige l'intervention de deux volontés ; que, par conséquent, il est contradictoire d'admettre un contrat, tout au moins un acte à effet contrac-

tuel, ce qui est en somme la même chose, où ne se rencontre point la condition essentielle de tout contrat ¹.

Quelques-uns ajoutent qu'indépendamment de ces considérations métaphysiques, il est une considération pratique qui doit à tout jamais faire rejeter le contrat avec soi-même, puisqu'on ne peut, à moins de donner lieu à d'inévitables collisions d'intérêts, permettre à la même personne de jouer en un même acte deux rôles opposés.

Telle est l'objection dans toute sa force.

Très bien formulée par les adversaires de l'institution, elle n'a peut-être point toujours été réfutée d'une façon formelle par ses partisans.

Aucun deux n'a osé dire : *Le contrat avec soi-même est un acte bilatéral, un vrai contrat ; une seule volonté préside à sa formation : peu importe, cet acte doit produire effet en dépit du prétendu axiome de la pluralité des volontés, qui n'est point un obstacle insurmontable.*

Ni Römer ², ni Rümelin ³, vrais créateurs de la théorie, n'ont tenu nettement ce langage,

1. LEPA, *Die lehre vom Selbsteintritte des Kommissionärs*, p. 230 et s., — MUSKAT, *Der Vertrag des Stellvertreters*, etc., *passim*. Les glossateurs semblent, eux aussi, rejeter le contrat avec soi-même. — CUJAS, éd. 1658, sur la L., 34, § 7. *Pig. de contrah. emptione*, 18, 1, t. v, p. 438: « *Ratio non patitur, ut idem emptoris et venditoris officio fungatur*, — et sur la L., 34, § 7: *Dig. pro empt.* 414, t. vii, col. 689.

1. RÖMER, *Rechtsgeschäft des Stellvertreters*, etc.

2. RÜMELIN, *op. cit.*

Pour Römer, le contrat avec soi-même est un acte *bilatéral* ; apparemment, sa formation semble être l'œuvre d'une seule volonté ; mais l'apparence ne correspond point à la réalité : — deux volontés concourent réellement à son accomplissement, la volonté du représentant et celle du représenté — volonté double qu'exprime un organe unique, mais qui ne se confond point en une seule.

Pour Rümelin, l'acte produit des effets du contrat sans en revêtir le caractère : son aspect est celui de l'acte *unilatéral* ; sa place est marquée parmi les actes unilatéraux générateurs d'effets contractuels.

Les deux théories opposées dont nous esquissons la charpente, sans souci des nuances, ont un but commun : tourner l'obstacle, tenter d'effacer le caractère étrange que semble revêtir d'abord le contrat avec soi-même. — Rümelin et Römer ont voulu enlever à cette institution, que les adversaires considéraient comme une nouveauté monstrueuse et bizarre, sa texture *sui generis*, et le faire entrer bon gré mal gré dans le cadre d'institutions pré-existantes.

Chacun d'eux, son classement fait, a pu se flatter d'avoir rangé le contrat avec soi-même en une classe d'actes bien précise ; il a pu croire que, désormais, ce contrat avait acquis un état

civil définitif, sans qu'on pût à l'avenir élever aucun doute sur sa validité.

C'était se faire illusion. L'on démontra à l'encontre de Römer que, dans le phénomène juridique de la représentation, il n'est qu'un seul contractant, le représentant, et son argumentation, basée sur la proposition contraire, croula entièrement. — L'on soutint alors victorieusement contre Rümelin que le contrat avec soi-même est vraiment un acte bilatéral, et non un acte unilatéral ; de telle sorte que, sur les ruines des deux théories, l'axiome de la pluralité des volontés dans l'acte bilatéral apparut comme un obstacle que, désormais, il était impossible de tourner pour faire admettre le contrat avec soi-même.

Il eût été peut-être plus habile et tout ensemble plus sûr d'aborder l'obstacle de front au lieu de tenter d'y échapper. Si l'on parvient à démontrer que la pluralité des volontés peut être un fait habituel dans les contrats, mais n'est point nécessairement de leur essence, à tel point qu'il soit possible de les concevoir sans elle, on aura par là plus de chances de faire admettre le contrat avec soi-même par le droit positif. — Cette tâche nous est imposée. — D'un côté, nous ne pouvons soutenir que le contrat avec soi-même n'est point un acte bilatéral ; de l'autre, nous sommes contraint de reconnaître

qu'une volonté unique préside à sa formation : malgré tout, nous devons établir que cet acte n'est point en contradiction formelle avec les principes fondamentaux du droit des contrats. Nous tenterons de le faire. — Mais auparavant il est impossible de rejeter, sans les examiner un peu plus en détail, les constructions opposées de Römer et de Rümelin, en mettant en regard les solutions de leurs adversaires.

L'étude de l'ensemble de la question comporte donc trois points :

1° Examen de la doctrine de la pluralité des volontés dans le contrat avec soi-même ;

2° Examen de la doctrine du contrat avec soi-même, acte unilatéral ;

3° Examen de la doctrine du contrat avec soi-même, contrat *sui generis*.

SECTION I^{re}

Le contrat avec soi-même et la pluralité des volontés

En apparence, une seule personne, le représentant, une volonté unique, la sienne, intervient dans la formation du contrat avec soi-même. L'on voit un individu vendre et acheter tout à la fois, emprunter ou se prêter à lui-même, payer et recevoir en paiement ; il est seul sur la scène,

et, dans le dialogue mental du contrat, il fait tout ensemble la demande et la réponse, promet et reçoit la promesse, offre et accepte. C'est bien l'apparence : est-ce la réalité ?

La réalité est tout autre, répondent Römer et ses partisans¹. Le jurisconsulte aperçoit l'action de deux personnes distinctes là où le vulgaire ne sait distinguer que l'action d'une seule, devine l'effet de deux volontés où le vulgaire n'en perçoit qu'une. Pourquoi ?

Décomposons l'acte bilatéral en ses deux éléments constitutifs, l'offre et l'acceptation, ou, si l'on préfère, pour préciser les idées, prenons un acte bilatéral bien déterminé, la vente, et distinguons-en les deux termes : la vente d'une part, l'achat de l'autre. Sans conteste, lorsque le représentant achète pour lui-même, c'est bien lui-même qui achète, qui contracte réellement comme l'une des parties, qui tient le rôle d'acceptant, d'acheteur.

Mais cependant qu'il se vend à lui-même, tient-il vraiment le rôle de la partie adverse ?

Est-ce lui qui fait l'offre ? est-il réellement vendeur ? Non, sans doute ; car, dans ce rôle de

1. RÖMER, *op. cit.* — Ont adopté la théorie de Römer : MITTEIS, § 23, p. 197-198 ; — GRÜNHUT, § 43, p. 482 et ss. ; — DERNBURG, VON HAHN ; — KOHLER, cités par Tartufari, p. 440, n° 3, *Della rappresentanza*. — Voir dans Rümelin, *op. cit.* page 12 et 13, la théorie un peu particulière de Behrend.

vendeur qu'il remplit en apparence, il n'est que l'instrument de son représenté. A la vérité, il parle au contrat, mais sa parole est l'écho d'une volonté étrangère ; il est un porte-parole, et de même qu'on ne peut dire du cylindre d'un phonographe qu'il crée des sons alors seulement qu'il répète les sons enregistrés, de même il est impossible de soutenir que le représentant contracte alors qu'il est seulement l'agent du représenté. — La proposition peut ne pas se présenter avec cette roideur intransigeante : il peut se faire que l'on prétende seulement que le représenté contracte en même temps que le représentant, sans faire de celui-ci uniquement son instrument ; mais que l'on atténue ou non le principe, il n'en est pas moins vrai que la question demeure entière, et que, dans un cas comme dans l'autre, la pluralité des volontés apparaît dans le contrat avec soi-même.

Elle apparaît encore d'une façon plus nette, s'il est possible, dans le cas où le représentant conclut le contrat dont l'a chargé son représenté avec un autre représenté. Ici, la personnalité du représentant disparaît entièrement ; il ne contracte ni comme acheteur, ni comme vendeur, ni comme débiteur, ni comme créancier ; il exprime d'un côté la volonté de l'un, de l'autre, la volonté d'un autre ; il est vraiment un intermédiaire dont la personnalité s'efface.

Dès lors, si le représentant ne contracte point seul dans le contrat avec soi-même, si même, en certaines hypothèses, il ne contracte nullement, si en tout cas le représenté, lui aussi, contracte, il n'y a plus lieu de parler de volonté unique. — L'institution est tout à fait en harmonie avec la règle de la pluralité des volontés : « Toute
« législation qui admet la représentation directe
« doit, par là même, admettre la possibilité d'un
« contrat avec soi-même ; car, si la volonté du
« représentant vaut comme celle du représenté,
« il faut nécessairement reconnaître que, dans
« les contrats avec soi-même, deux volontés
« d'égale valeur sont en fonction.¹ » (Römer.)

Telle est l'opinion de Römer. Comme on le voit, elle suppose que l'admission du contrat avec soi-même est subordonnée à l'admission préalable de la représentation directe, c'est-à-dire de cette représentation où l'acte passé par le représentant produit directement effet dans le patrimoine du représenté. En cas de représentation indirecte, en effet, il est impossible de supposer un instant l'action de la volonté du représenté dans le contrat passé par le représentant ².

1. RÖMER, *cit. supra*.

2. (A) Während es allerdings undenkbar ist, dass jemand Rechte gegen sich selbst erwirbt, ist es psychologisch recht wohl möglich, dass durch Willenserklärung nur einer Person Rechte und Pflichten

Mais, à s'en tenir à l'hypothèse de la représentation directe, le point délicat est précisément de savoir qui, du représenté ou du représentant, contracte avec le tiers.— Faut-il admettre le concours réel et unique du représenté au contrat? Faut-il admettre le concours *collectif* du représenté et du représentant? Est-il plus juridique de prétendre que le représentant substitue sa personnalité à celle du représenté, de telle sorte que c'est vraiment et uniquement lui qui contracte? Tout est là, et, sans élucider ces questions au préalable, il est impossible de prendre un parti qui soit raisonné sur la doctrine de Römer.

Ces questions fort délicates ont été examinées par nous, et nous avons conclu que le représentant contracte à l'exclusion du représenté.

Dès lors, il est impossible de reconnaître, comme Römer, l'action de deux volontés de valeur égale dans le contrat avec soi-même.— La volonté du représenté disparaît; une seule volonté s'exprime, celle du représentant ¹.

zwischen zwei Vermögenscomplexen, über welche jener Person die Verfügung zusteht, begründet werden. Es wird dabei nichts unmögliches in sich Widerspruchsvolles gewollt, und eine andere Schranke als diese psychologische ist dem Willen nicht gesetzt

(8) Jedes Recht, das die direkte Stellvertretung beim Vertragsschluss im Princip zulässt, ist genöthigt, auch das Selbstcontrahiren principiell anzuerkennen. Denn wenn der Wille des Vertreters als Wille des Vertretenen gilt, so muss das Recht annehmen, dass im Fall des Selbstcontrahirens zwei Willen in Thätigkeit treten. (Opinion de Römer, cit. par Rümelin, *op cit.*, p. 4-5.)

1. L'idea di una finzione delle due volonta fu idea affatto infelice,

A coup sûr, il est vrai de dire que cette volonté doit être en parfaite harmonie avec celle du représenté; mais cette affirmation ne conduit à rien qui puisse troubler notre conception. Il ne suffit point d'établir entre les volontés un rapport nécessaire de similitude. Quand on soutient que la volonté du représentant ne sert qu'à suppléer la volonté du représenté, on ne dit point pour cela qu'elle la contient; elle l'élimine bien plutôt et s'y substitue, de telle façon que la coexistence de ces volontés est impossible, et que, si l'on faisait l'analyse du contrat avec soi-même, l'on n'y trouverait, comme élément unique, que la seule volonté du représentant.

D'ailleurs, si l'on quitte le terrain purement juridique pour aborder le terrain psychologique, on s'explique assez mal l'expression de *deux volontés* rivales, tout au moins parfaitement distinctes, par une personne unique.

S' imagine-t-on bien le représentant exprimant la volonté du représenté et la sienne propre? Ce dédoublement est impossible psychologiquement. Lorsque le représentant dit : « Je me vends cet objet », on a peine à croire qu'en cette phrase unique se rencontrent

e di vero essa diede naturalmente buon giuoco agli avversari *des Selbstcontrahiren*, ai quali non riusciva affatto difficile il far constatare come, nella sfera dei diritti affidati al rappresentante valendo, la volontà di questi come volontà del rappresentato di una sola volontà può essere parola. (Carlo ARNO, *op. cit.*, p. 28)

deux décisions distinctes pensées par deux personnes différentes.

Le système de Römer ne paraît donc point résister à la critique.

SECTION II

Le contrat avec soi-même et l'idée d'acte unilatéral

L'argumentation de Römer a d'ailleurs excité la verve ingénieuse et subtile de Rümelin¹. Il est, prétend cet auteur, impossible de voir dans le contrat avec soi-même l'action de deux volontés distinctes. Une décision unique s'y rencontre ; que cette décision exige une délibération préalable, une sorte de lutte, une balance d'affections contradictoires en soi-même, cela est incontestable. Chargé de vendre le cheval N..., si je l'achète moi-même, au préalable, j'aurai réfléchi ; mon esprit aura agité des motifs contraires et envisagé les deux aspects de l'acte. Mais de cette lutte, qui tout entière se passe dans le secret de ma volonté unique, une seule décision surgit, parfaitement homogène, et qui

1. RÜMELIN, *op. cit.*, p. 3 ss.

Ont adopté la théorie de Rümelin et l'ont commentée : MERKEL, dans *Kritische Vierteljahr*, etc., vol. xxxii, p. 304, 6, 1890 ; — ECK, *Revue de Goldschmidt*, vol. xxxix, p. 265-273, 1891 ; — SERAFINI, *Arch. giur.*, v. xliii, p. 255-261.

ne garde point souvenir d'un débat antérieur. Je ne puis donc distinguer, dans cette décision unique et émanant de ma seule personnalité, d'une part la volonté du vendeur, de l'autre celle de l'acheteur. Pourquoi ? parce que la volonté est une comme l'âme même. Par la pensée, il est possible d'en distinguer les diverses fluctuations, d'en analyser les phénomènes successifs ; mais c'est uniquement comme l'on distingue les parties d'un même tout, et sans qu'on puisse oublier que ces parties sont indissolublement liées. Cette distinction est purement métaphysique ; en réalité, ces deux résolutions en donnent une seule. Par exemple : « Je déclare
« me vendre le cheval de X pour 1.000 marks
« et l'acheter pour le même prix ¹. » Il n'y a là que la répétition d'une même décision en deux formes, et non pas une déclaration de volontés réciproques.

Ainsi, non seulement une seule volonté se rencontre dans le contrat avec soi-même, mais encore cette volonté unique ne formule qu'une seule proposition : la décision est *unitaire*.

Ceci posé, les adversaires de l'institution concluent à son inadmissibilité, parce que la formation d'un contrat, quel qu'il soit, ne peut résulter que du fait de la déclaration réciproque

1. RÜMELIN, *op. cit.*, p. 15.

de deux ou plusieurs volontés. Rien de plus exact; si l'on s'obstine à prétendre que le contrat avec soi-même est un contrat ou, si l'on préfère, un acte bilatéral, il est impossible de le justifier et de lui faire produire effet: ce serait un contrat dont la contexture est en opposition formelle avec celle du contrat véritable.

Mais, précisément, nous ne soutenons point¹ que le contrat avec soi-même soit un acte bilatéral; c'est un acte unilatéral. Cela lui enlève-t-il tout effet? Non, sans doute; car nous savons que parfois la volonté unilatérale engendre des effets contractuels. Les cas où ce phénomène se produit peuvent être rares; n'importe, le contrat avec soi-même rentre en cette catégorie: *c'est un acte unilatéral produisant effet contractuel*.

La théorie de Rümelin est séduisante: nul doute qu'une volonté unique, disons mieux, qu'une seule déclaration de volonté ne se rencontre dans le contrat avec soi-même. Le représentant exprime, et comme débiteur et comme créancier, et comme sujet actif et comme sujet passif, sa volonté propre et rien que sa volonté; au surplus, il l'exprime en une seule décision et, pour ainsi parler, d'un seul jet.

Mais cela suffit-il pour ranger cet acte parmi

1. C'est Rümelin qui s'exprime ainsi.

les actes unilatéraux producteurs d'effets contractuels? La question devient ici fort délicate, et cela pour deux raisons: d'abord, parce que la théorie de la volonté unilatérale dans les contrats n'est point encore parfaitement assise et définitivement construite, et ensuite, parce qu'il n'est point facile de voir comment la théorie du contrat avec soi-même se rattache à elle, et comment en réalité elle n'est que l'un de ses aspects.

A. — Lorsqu'on soutient que le contrat avec soi-même est un acte unilatéral, on n'entend point dire par là qu'il est assimilable à certaines opérations unilatérales qui, ni dans leur formation ni dans leurs effets, ne peuvent être mises en comparaison avec le contrat, comme le testament, la ratification d'un acte, l'addition d'hérédité; car, s'il est un fait indéniable, c'est que le contrat avec soi-même garde en quelque façon l'aspect d'un contrat: s'il ne conserve point cet aspect dans sa formation, tout au moins le fait-il éclater dans ses effets¹. Aussi ne peut-on le ranger que parmi ces actes qui produisent des effets de contrat sans en être eux-mêmes, c'est-à-dire parmi les actes unilatéraux générateurs d'effets contractuels.

Existe-t-il de semblables actes? — La volonté

1. Sur ce point, v. Arno, *op. cit.*, p. 29.

unilatérale engendre-t-elle des effets contractuels ?

L'on n'est point d'accord sur la valeur juridique de la théorie de l'acte unilatéral.

Les uns y voient une de ces conceptions neuves et ingénieuses susceptibles de renouveler le droit commun des obligations ¹.

D'autres sont moins enthousiastes ² et soutiennent que, d'une part, la théorie de l'unilatéralité repose sur une équivoque, en ce qu'elle suppose l'action d'une seule volonté là où réellement deux volontés agissent, encore que la seconde déclaration de volonté ne soit point contemporaine de la première, — et que, d'autre part, les arguments historiques que l'on apporte à l'appui de la théorie ne sont point probants.

Avant d'aborder la discussion, il faut nettement poser la question. — Qu'entend-on par actes unilatéraux générateurs d'effets contractuels ? Il semble bien que l'on veuille entendre seulement les actes qui, émanant d'une volonté unique, expresse et licite, engendrent des obligations.

1. WORMS, *De la volonté unilat. dans les contrats*, à la fin de l'ouvrage.

2. V. WAHL, *Du titre au porteur*, tome 1^{er} (le chap. intitulé De la nature juridique du titre au porteur), p. 179 et ss. — *Contra* : SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungskund*, p. 110 ; — DERNBURG, *Pandekten*, t. II, p. 21, § 9 ; — JOLLY, *Org. et Fonct. de la Banque de l'Empire d'Allemagne*, p. 547.

Au fond et dégagée de l'appareil scientifique un peu lourd dont on a voulu l'entourer, la question se réduit à celle-ci : l'offre simple non encore acceptée engage-t-elle la personne de qui elle émane ?

Historiquement, dit-on, on en a des exemples. Les législations modernes sont en général formées de deux sources : la source romaine, la source germanique.

Or, 1° Le droit romain admettait, dans certains cas et à titre d'exception, la vertu contractuelle de l'engagement unilatéral, et 2° le droit germanique la reconnaissait, non plus comme une exception, mais comme un principe.

I. — Les exemples romains sont exacts ; Pernice ¹ en nie à tort la portée. Ainsi, un engagement unilatéral se rencontre dans la *dotis dictio*, dans la *confessio in jure*, dans la promesse faite à la personne indéterminée qui accomplira certains faits, dans le *votum* et dans le serment promissoire ². — Mais que résulte-t-il

1. PERNICE, p. 289, *Labeo*.

2. Comp.: loi 46, Pr. dig. *de jure dotium*; — PUCHTA, *Institutionem*, § 259, note 6; — BRINZ, *Pandekten*, t. II, p. 141, note 37. — Adde : WINDSCHEID, t. II, p. 172; — SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, p. 144; — enfin, WALTER, *Kirchenrecht*, § 346. — ARNDTS, *Pandekten*, § 397, note 2. La *pollicitatio* était la promesse faite dans un but d'utilité commune, le *votum* était la promesse faite dans un but religieux. Ces deux actes sont le type de la promesse obligatoire par simple engagement.

de tout ceci ? — C'est qu'en droit romain, en des hypothèses fort limitées du reste, l'engagement unilatéral produit exceptionnellement des effets contractuels. — Ces hypothèses sont si peu importantes, que les jurisconsultes les indiquent, mais n'essayent point de les justifier, encore moins de les synthétiser dans une théorie d'ensemble.

Il serait d'ailleurs téméraire de tenter la construction de la théorie avec les seuls éléments romains : le principe romain en est précisément la négation ! — En droit romain, en effet, la volonté expresse ou tacite de s'obliger ne peut pas suffire, en principe, pour créer une obligation civile à la charge de son auteur. Quand on songe que, dans ce droit rigoureusement formaliste, le concours des volontés ne suffit pas pour lier leurs auteurs respectifs, s'il ne s'est manifesté dans certaines formes prescrites par la loi, à bien plus forte raison doit-on penser qu'une seule volonté ne peut créer de lien juridique.

Si à ce principe rigoureux se présentent quelques exceptions, elles confirment la règle. En somme, il est impossible de croire à une tendance de la législation romaine dans le sens de l'unilatéralité.

II. Aussi renonce-t-on à faire dériver la

théorie de la source romaine, et tire-t-on surtout argument du droit germanique¹.

Il est incontestable que le droit germanique voit en nombre de cas, dans l'offre, l'élément important du contrat et, dans l'acceptation, l'élément accessoire. La volonté du débiteur joue dans les contrats le rôle capital, et c'est en cela que consiste l'une des différences essentielles entre l'esprit de la législation romaine et celui de la législation germanique. (*Der principielle Unterschied zwischen dem römischen and germanischen Rechte.* — Schmith.)

Mais est-ce à dire que l'offre remplit en droit germanique le rôle unique, et que la notion du contrat y est remplacée par celle d'engagement unilatéral? On n'a pas osé le soutenir.

D'ailleurs, à supposer qu'on le fasse avec succès, cela ne prouverait rien, puisque, par la réception du droit romain, les principes germaniques ont été rejetés du droit moderne des obligations.

Le droit moderne n'est point si inconséquent que de nier en principe la nécessité de l'accep-

1. UNGER, *System des österr.*, etc. p. 362. — SCHMITH, *Der principielle Unterschied zwischen dem römischen and germanischen Rechte*, t. 1^{er}, p. 251. Le droit allemand possède une forme particulière d'engagement unilatéral dans l'*Auslobung*, promesse faite à une personne qui accomplira une prestation déterminée. Cette promesse n'était pas précisément inconnue en droit romain. (TITE-LIVE, liv. 39. chap. XIV. — GIBARD, *Textes de Dr. romain*, Paris, 1890, p. 730). Mais le droit allemand la soumet à certaines conditions spéciales. (IHERING, *Jahrbuch.*)

tation, c'est-à-dire la nullité de l'engagement unilatéral. Le Code français garde le silence sur ce point, mais les interprètes, d'accord sur la seule théorie admissible, exigent en principe l'acceptation ¹.

Soutenir la doctrine contraire serait à peine conforme au sens commun. Comment prétendre, avec apparence de raison, qu'une personne puisse être obligée par sa déclaration écrite ou verbale, alors que cette déclaration n'est point acceptée ? Comment l'empêcher de retirer avant toute acceptation sa parole, ou de déchirer l'écrit qu'elle avait rédigé ?

En général, il est admis qu'un engagement unilatéral (*Schuldversprechen*) n'est point suivi d'effet ². On le reconnaît ; cela est en effet indéniable. Mais soigneusement l'on fait revivre les arguments historiques que nous avons exposés ; patiemment, l'on recherche des textes législatifs favorables, et l'on prétend, après une démonstration ingénieuse, que les législations modernes, notamment la législation allemande, reconnaissent l'effet contractuel de la volonté unilatérale ³.

1. Vid. *Traité généraux du Dr. civ.*, en particulier l'ouvrage de M. Planiol, éd. de 1902, t. 1^{er}, chapitre intitulé Les actes juridiques. — M. Planiol y réfute la théorie de l'acte unilatéral

2. SIEGEL, *op. cit.*, p. 44.

3. Voir en particulier sur ce point : ENNER, dans *Kritische Viertel-jährichesschrift*, t. II (1869), p. 361 ; — TZSCHIRNER, *Dissertatio de indole ac natura promissionis popularis Auslobung quam vocant*. (Berlin, 1849.) — BRUNNER, *Encyclopédie*, v^o *Auslobung*.

Avant toute chose, il faut admettre que certains pays ont conservé au *votum* et, dans certains cas, à la pollicitation non encore acceptée, la vertu de contrat. La promesse de récompense à personne indéterminée est, d'après le Code civil allemand, obligatoire avant même qu'un tiers l'ait acceptée.

Les offres faites au moyen d'affiches ou prospectus et publications lient, dans la plupart des législations, ceux qui les ont faites. Mais quelles conclusions en tirer, sinon une conclusion analogue à celle que nous avons tirée des législations antiques, à savoir que, par exception, le législateur moderne admet l'effet de l'engagement unilatéral ? A la vérité, les cas exceptionnels sont plus nombreux qu'en droit romain, mais cela ne leur enlève pas leur caractère d'exception ; ils demeurent strictement limités et restreints ¹.

Les besoins de la pratique ne permettent point, d'ailleurs, l'élargissement du cercle étroit où se meut la doctrine de l'unilatéralité. L'on ne peut envisager cette doctrine comme une théorie de réserve que l'on fait donner, en désespoir de cause, au moment où l'on ne sait plus quelle nature juridique attribuer à un acte.

1. Nous adoptons ici l'opinion de M. Wahl dans son très intéressant ouvrage sur les titres au porteur. L'opinion par lui admise tend d'ailleurs à triompher de nos jours. (WAHL, *op. cit.*, t. 1^{er}, p. 194.)

Il est impossible, pour justifier le contrat avec soi-même, de le rattacher à la théorie incertaine et chancelante que nous venons d'étudier.

B. — Mais il y a plus : à supposer que la théorie de l'engagement unilatéral fût définitivement assise, qu'elle offrit à notre examen une théorie compacte; à supposer que son cadre se dessinât nettement et pût recevoir dans une synthèse générale les cas spéciaux, serait-il possible d'y faire rentrer le contrat avec soi-même?

En d'autres termes, le contrat avec soi-même nous apparaît-il comme un cas singulier d'engagement unilatéral?

Il ne faut point équivoquer sur les mots; il est reconnu que le contrat avec soi-même se forme du fait d'une volonté unique : cela suffit-il pour permettre de l'assimiler à la sollicitation non encore acceptée, par exemple? Peut-on dire que ce phénomène est réductible à l'acte unilatéral?

Qu'est-ce que l'acte unilatéral?

Bien entendu, nous ne confondons pas en ces expressions « *le contrat unilatéral* », qui peut être unilatéral en ses effets, mais qui, à coup sûr, ne l'est point en sa source, et nous entendons rigoureusement, par ces mots acte unilatéral, celui qui l'est dans sa source, c'est-

à-dire celui dans lequel agit une volonté unique ¹.

Cela est certain ; mais le fait qu'une volonté unique préside à la formation d'un acte suffit-il à le faire envisager comme unilatéral ? Nous ne le croyons pas. Il faut de plus que l'acte ne présente qu'un seul aspect, une seule façade, pour ainsi parler : c'est l'offre simple, par exemple, c'est le vœu ; ce sont les promesses faites par affiches ou par prospectus. Dans tous ces actes, nous apercevons une volonté unique et, qui plus est, une seule attitude prise par la volonté : celle de l'offre. L'acte n'a vraiment que l'un de ses côtés ; si, par hasard, la loi déclare que cet acte produit effet, elle fait réellement une exception au principe général ; elle fait produire des conséquences à un acte incomplet ; elle valide une moitié d'opération. Encore une fois, l'on ne peut dire que l'acte unilatéral est celui qui émane d'une volonté unique ; car il est vrai que l'on n'en sait rien, puisque nous discutons précisément la question de savoir si la volonté d'une seule personne peut donner naissance à un acte bilatéral. Il faut dire : l'acte unilatéral

1. Carlo Arno, dans son premier article sur *le Contratto con se medesimo*, met bien en lumière le caractère de l'acte unilatéral : « *Niuno vorrà negare che una differenza corre tra i negozi giuridici « unilaterali, quali l'occupazione, la derelizione, la pollicitazione, etc.* » (Carlo ARNO, *loc. cit.*, p. 29.)

est celui qui, émanant d'une volonté unique, ne présente qu'une des faces de l'opération qui, complétée, est l'acte bilatéral.

Dès lors, quand Rümelin dit en substance: « *Dans le contrat avec soi-même, l'on ne voit
« agir qu'une volonté unique, une seule déclara-
« tion se manifeste, une personnalité est en
« cause; donc le contrat avec soi-même est un
« acte unilatéral* », sa conclusion dépasse ses prémisses; il confond, comme on l'a dit fort justement, couleur et qualité ¹. Le véritable acte unilatéral l'est dans sa source et dans ses effets. L'offre non acceptée en est le type: d'un côté, elle émane d'une volonté unique; del'autre, elle lie seulement le débiteur, source et effet unilatéraux. Qu'une seule personne préside à la formation du contrat avec soi-même, qu'une volonté unique s'y rencontre, qu'une seule déclaration s'y exprime, que l'analyse n'y découvre qu'une décision, cela est exact, en dépit de Römer et de ses partisans. Mais ce

1. RÜMELIN, p. 15 à 28 — CARLO ARNO, *loc. cit.*, p. 29.

Rümelin donne une démonstration mathématique de sa théorie: « Wenn eine Person A im Stande sei, durch ihre Willenserklärung a' die Willenserklärung a des B zu ersetzen, und ausserdem eine übereinstimmende Willenserklärung c entweder im eigenem Namen abzugeben oder in Vertretung des C durch die Erklärung x , die Summe $a' + c$ oder $a' + c'$ herstellen könne, weil eben x nicht $= a' + c$ oder $= a' + c'$ sei; (während in Wahrheit sich doch gerade darum die Frage dreht, ob hier x etwas anderes ist, als die Addition von a' und c bzw. von a' und c'). »

n'est point la question : l'unité de volonté ne permet point de faire du contrat avec soi-même un acte unilatéral, de l'assimiler à la simple promesse ; il ne faut point s'en tenir à la superficie, à l'apparence, mais analyser par delà « *le contenu même de la déclaration de volonté* ».

L'analyse entrevoit-elle, dans la déclaration unique, un seul des éléments du contrat, soit l'offre, soit l'acceptation, alors on est en présence d'un acte essentiellement unilatéral. Y entrevoit-elle, au contraire, les deux éléments réunis, alors j'affirme que l'on est en présence d'un acte bilatéral.

Quand, par exemple, je dis : le contrat de vente est un acte bilatéral, je n'affirme pas nécessairement qu'il comporte deux déclarations distinctes. On peut déduire ce corollaire de mon affirmation, mais il faut un raisonnement spécial ; ma proposition se limite seulement à constater que la vente (comme tout contrat) est un acte composé qui se forme par la combinaison de deux actes distincts : l'offre d'une part, l'acceptation de l'autre. Je dis aussi qu'un tel acte comporte deux aspects, deux côtés (*bis latus*), deux mouvements psychologiques convergeant en un même centre, mouvements qui peuvent être simultanés et surgir d'une même âme, mais qui se distinguent pourtant au point de vue métaphysique.

La bilatéralité suppose, et suppose essentiellement, que les deux aspects de l'offre et de l'acceptation se rencontrent en un acte donné.

Ceci posé, il reste à savoir si le contrat avec soi-même comprend les deux éléments simples de l'acte bilatéral, ou s'il s'analyse en un seul de ces éléments.

Est-il une offre ? Est-il une acceptation ? Est-il à la fois l'une et l'autre ?

Rümelin ne répond point très nettement à la question ; mais l'argumentation qu'il adopte conduit à établir qu'un seul élément se rencontre dans le contrat avec soi-même. Lequel ?

L'un ou l'autre au choix, l'offre ou l'acceptation.

La déclaration de volonté dans le contrat avec soi-même est unitaire ; une phrase unique peut suffire à la réaliser. Je me dis : je me vends le cheval de X, et je ne suis pas obligé, pour la perfection de l'acte, d'ajouter tout aussitôt : j'achète pour moi le cheval de X.

L'une de ces deux décisions est complète par elle-même, sans avoir besoin du secours de l'autre. « Il n'y a rien autre que la répétition d'une même décision sous deux formes différentes, et en aucune façon une déclaration de volonté réciproque ¹. »

1. RÜMELIN, *Loc. cit.*

Au reste, mon intention de vendre et celle d'acheter sont contemporaines : je ne me suis pas fait une offre que j'ai aussitôt après couronnée d'une acceptation ; j'ai offert et accepté tout ensemble. Peut-être avais-je pensé à l'acceptation avant l'offre ; il n'est donc pas possible d'analyser en deux éléments distincts et séparés l'acte accompli, d'y voir d'une part une offre, puis de l'autre l'acceptation ; puisque, à tout prendre, il n'y a qu'un acte indissoluble et inanalysable, un acte accompli en un trait de pensée.

Sans doute, mais ce trait est si rapide, qu'au même instant de raison, il parcourt à la fois le domaine de l'offre et celui de l'acceptation.

Lorsque ma volonté déclare en une seule phrase : « Je me vends cet objet », que constate-t-elle ? Une offre, une acceptation ? Il est plus exact de déclarer qu'elle constate à la fois l'une et l'autre : je me vends, c'est-à-dire je vends, je mets en vente, j'offre, et, d'autre part, j'accepte pour moi, j'achète ; somme toute, je fais un acte bilatéral.

Sans doute, les deux phases de l'acte sont simultanées : une seule phrase les exprime ; l'offre et l'acceptation *s'enchevêtrent*. — Mais il est indéniable que l'une d'elles n'absorbe point l'autre, et que l'analyse juridique parvient à les discerner : si inséparablement unis que soient

les deux éléments de l'acte accompli, si indissolublement liés qu'ils paraissent, il est possible de les distinguer métaphysiquement l'un de l'autre et d'en méditer « comme des parties d'un « même tout ».

Cela suffit : le contrat avec soi-même comprend les deux éléments simples dont la réunion forme l'acte bilatéral. C'est un acte bilatéral ; il est erroné d'y voir, comme Rümelin, un acte unilatéral générateur d'effets contractuels.

SECTION III

Le contrat avec soi-même, contrat « sui generis »

L'analyse nous découvre qu'une seule volonté préside à la formation de cet acte bilatéral qu'est le contrat avec soi-même : ce phénomène est-il en harmonie avec les principes ? La loi peut-elle admettre le contrat avec soi-même ?

Les adversaires de la théorie, contre lesquels Römer et Rümelin ont vainement combattu, soutiennent toujours que l'institution est en contradiction avec le concept du contrat, et ajoutent qu'en tout cas, le contrat avec soi-même, fût-il métaphysiquement admissible, donnerait nécessairement lieu à une collision d'intérêts.

Obstacle métaphysique,

Obstacle pratique.

Tels sont les deux obstacles que l'on oppose à l'admissibilité du contrat avec soi-même.

Sont-ils insurmontables ? C'est ce qui reste à examiner.

Le concept du contrat avec soi-même est en contradiction avec la notion du contrat.

« Lorsque l'on essaie d'analyser, dit Savigny, « l'idée de contrat et de mettre en lumière ses « caractères essentiels en prenant l'examen « d'un cas particulier (le contrat de vente, par « exemple), la première chose que l'on saisit, « ce sont plusieurs personnes en présence les « unes des autres. Dans ce cas spécial (la vente), « comme dans la plupart des contrats, ce sont « uniquement deux personnes ; mais, quelque- « fois aussi, dans le contrat de société par « exemple, le nombre des personnes est tout à « fait indéterminé, et aussi nous devons laisser « subsister l'idée de pluralité. » ¹

L'examen empirique d'un contrat quelconque nous conduit donc à reconnaître *a posteriori* dans tout contrat la pluralité d'agents ; mais il y a plus : *a priori*, l'on peut décider que la pluralité d'agents apparaît comme essentielle à la formation du contrat.

Tout lien contractuel ne peut se former que par l'accord de deux ou plusieurs volontés. Des

1. SAVIGNY, *Oblig.*, trad. Genoude. V. chap. entier des contrats.

patrimoines distincts sont normalement étrangers l'un à l'autre ; une cloison les sépare que dresse la liberté de chacun de leurs chefs : une volonté unique ne peut la renverser sans le faire injustement, et sans violer le principe de la liberté d'autrui. Pour qu'un rapport s'établisse entre patrimoines divers, il faut que leurs chefs respectifs s'avancent l'un vers l'autre et se tendent réciproquement la main, s'unissent en un accord de volonté.

Le contrat est précisément l'accord ; il suppose donc plusieurs volontés : on ne le concevrait pas sans cela, pas plus qu'on ne concevrait un point de concentration de rayons divers s'il n'existait qu'un rayon unique.

Telles sont les déductions qu'entraîne l'examen logique et empirique de la notion de contrat ; le droit positif les corrobore.

Pour le jurisconsulte comme pour le philosophe, le contrat s'analyse en l'accord de deux ou plusieurs volontés sur un même objet.

Les différentes définitions romaines de la convention ou du pacte gravitent autour de cette idée de la pluralité des volontés : « *Pactum autem a pactione dicitur. Et est pactio duorum vel plurium in idem placitum consensus*¹. »

1. ULPIN, IV, *Ad ed.* (D. II, 14, *fra.* 1^{er}, § 1^{er}). — Voir encore D. 50, 12, *fr.* 3, *pr.* et D. XLIV, 7, *fr.* 31.

L'ancien droit a suivi, en cette matière, les errements du droit romain : « Le contrat renferme, » dit Pothier, le concours des volontés¹. » Il suffit, du reste, de lire la définition que le Code civil donne du contrat : « Une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, etc.... », pour se convaincre que les modernes ont sensiblement la même notion du contrat que les anciens.

Tout s'accorde donc pour exiger dans le contrat la pluralité des volontés ; mais tout s'accorde aussi pour faire rejeter le concept d'un contrat avec soi-même. Il n'y a pas, il ne peut y avoir de contrat avec soi-même, puisque, par définition, le contrat est toujours un accord de volontés, et que cet accord est de son essence même.

Tel est le système des adversaires : que faut-il en penser ?

A la vérité, la définition que le droit positif donne du contrat est *périlleuse*. Une vraie définition est celle qui dit tout, et rien au delà, celle qui exprime l'essence de l'objet sans énumérer « les accidents », celle qui donne la cause efficiente ; de telle sorte que, si l'on mettait le signe = entre le mot défini et la définition, il

1. POTHIER, *Des Obligations*. L'on peut ajouter que tous les auteurs modernes ont adopté cette définition de l'obligation.

serait possible de renverser les termes et de dire : tout contrat est un accord de volontés. — Réciproquement, tout accord de volontés est un contrat ¹. L'on n'oserait soutenir cette proposition ; la réciproque n'est pas vraie : certaines promesses, certains accords de volontés ne sont point des contrats ² ; pourquoi ? C'est qu'il y manque un élément essentiel : l'intention de produire un engagement véritable, le but de créer des effets juridiques. La réunion des volontés n'est donc point l'essence même du contrat, puisque, si ces volontés sont vides, il ne saurait y avoir convention. Le contrat, en somme, est un moyen de droit destiné à produire une situation juridique. C'est précisément cette situation, c'est-à-dire le but du contrat qui doit en déterminer l'essence ³. On a donc lieu de s'étonner que les définitions de droit positif ne tiennent nul compte de ce but pour n'envisager que l'accord des volontés. Quand on réfléchit cependant, le fait s'explique. L'origine de la définition est romaine ; les Romains n'ont aperçu qu'assez tard, et sous l'influence de Sestus Pedius

1 M. Planiol fait, à propos de la définition du domicile par MM. Aubry et Rau, la même observation que nous. — PLANIOL, *op. cit.*, chap. du *Domicile*.

2 Voir les différents exemples donnés par Demolombe dans le premier volume *Des Contrats*, p. 15, 16, 17.

3. *Vid.* CARLO ARNO, p. 23.

et Salvius Julianus¹, le rôle de la volonté dans les contrats.

Primitivement, la volonté disparaissait sous l'enveloppe de la forme ; la concordance matérielle des paroles, des signes, des écrits formait le contrat. Lorsque la volonté apparut comme l'élément principal, et la forme seulement comme un moyen plus ou moins indispensable à sa manifestation, l'on crut opportun de construire le concept de l'acte juridique uniquement dans ses rapports avec la volonté ; et, en énonçant l'idée de contrat, on se borna à parler de l'accord des volontés. Les législations modernes, trouvant toute bâtie la définition romaine, l'acceptèrent sans contrôle.

Mais cette considération ne nous empêche point de construire une théorie du contrat qui gravite autour de son but, but qui en est précisément l'essence. — Quel est donc le but du contrat ? La production d'effets juridiques, la création d'un lien.

Mais le lien créé par le contrat est-il un lien personnel ? Est-il, au contraire, un lien patrimonial ? — L'obligation présente en somme un double caractère : elle crée un lien entre le créancier et le débiteur, mais en même temps elle s'analyse en une valeur passive pour le

1. FERRINI, *Sesto Pedio*, in *Riv. it. per. le sc. giur.*, 1^{er}, 1886, p. 41.

patrimoine du débiteur, et en une valeur active correspondante pour le patrimoine du créancier : lequel de ces caractères doit l'emporter ? Cela dépend du point de vue où l'on se place : les uns peuvent s'en tenir à la notion simple d'un lien personnel, et considérer uniquement les éléments subjectifs du contrat ; les autres considèrent surtout son contenu objectif.

A. — Bluntschli ¹ soutient que le droit romain s'en tenait à la notion simple d'un lien personnel entre individus déterminés, créancier et débiteur. Cela est vrai tout au moins du droit primitif.

D'une part, en effet, le formalisme exige la personnalité absolue des effets du contrat ².

L'on ne peut avoir part à un acte juridique quelconque, si l'on n'a, dans sa formation, accompli personnellement le rite qui en est la base.

D'autre part, la notion interne de l'obligation

1. BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht*, t. II, § 2, n° 2 : « Le droit « romain s'en tenait à la notion simple d'un lien personnel entre individus déterminés, créancier et débiteur. Notre droit moderne, au « contraire, s'attache plutôt au contenu objectif de la créance ou de « la dette, et admet par suite plus facilement un changement de personnes, pourvu que le contenu de l'obligation reste le même. »

2. Un texte de Paul en fait foi : « *Quaecumque gerimus, quum ex « nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt.* » L. 11, D. XLIV, 7.

Sur ce texte, voir Gürgens, dans *Ihering's Jahrbücher*, t. VIII, p. 233 et ss.

primitive conduit à la personnalité : le pacte antique est une sorte de trêve conclue à la suite d'une tentative de vengeance privée ¹. La vengeance est personnelle ; son succédané, l'obligation, l'est aussi. Cela s'aperçoit dans l'exécution de l'obligation : le contrat s'exécute sur la personne. La *manus injectio*, qui entraîne l'*addictio*, la *venditio trans Tiberim* et la mise à mort du débiteur, est le mode habituel d'exécution : le débiteur a livré au créancier, au moins éventuellement, son honneur et sa vie. — Si l'on allait au fond des choses, l'on se convaincrerait vite que le droit primitif ne connaît point le droit de créance, mais seulement le droit réel. « *Le droit réel, dit Kuntze ², est le prototype d'une époque de la vie juridique ; le droit de créance, le prototype d'une époque postérieure.* » Droit réel et droit personnel se confondent pour le primitif dans le concept unique et homogène de la *manus*. L'idée de lien, dont la trace étymologique se retrouve dans le mot *obligation*, est à l'origine un lien concret et réel ; s'obliger, c'est s'enchaîner : « *Corpus in nervum ac supplicia dare* ³. »

1. DEBRAY, dans son Cours de *Pandectes*, année 1899-1900.

2. KUNTZE, cit. par Summer-Maine, *Inst. jurid. des Romains*, dans les appendices, à la fin du volume.

3. KUNTZE, *die Oblig. im röm. und heutigen Recht.*, p. 17-21, p. 117/118 — IHERING, *Les Indo-Européens avant l'histoire*, trad. Meulenaere. *passim*.

Lorsque disparaît le formalisme et que s'adoucissent les mœurs, l'exécution sur la personne devient de plus en plus rare. D'abord facultative, l'exécution sur le patrimoine devient la règle. L'évolution en est fort curieuse. Le patrimoine n'a, au début, garanti la dette que comme prolongement de la personnalité; l'obligation s'analysait alors en un *jus in personam*, puis, peu à peu, la personne s'est effacée devant le patrimoine; le droit du créancier est devenu un *jus ad rem*¹. Il ne faut point exagérer, car jamais l'évolution n'a été complète en droit romain : les Romains répugnaient à la pensée que l'obligation pût être créée dans le patrimoine d'une personne par le fait d'une autre²; ils n'ont jamais admis complètement la représentation ni la cession de créance; mais ils avaient toutefois en germe la notion moderne de l'obligation. Quelle est cette notion ?

B. — A la conception romaine primitive, les modernes en ont substitué une autre, qui contraste entièrement avec elle. La théorie romaine disait : c'est la personne qui doit à la personne; la nouvelle répond : c'est le patrimoine qui doit au patrimoine³. L'obligation

1. SUMMER-MAINE, *loc. cit.*

2. SAVIGNY, *Du Droit des obl.*, § 59. — GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes*, thèse, Paris 1898.

3. SALEILLES, *Cession de dettes*, p. 3. — WINDSCHEID, *Pandekten*, II, § 25², n° 1. — KUNTZE, *Oblig. im röm.*, etc. cit : « Die Forderungsfrage

n'est plus un droit sur la personne, mais sur les choses. Elle ne se confond point sans doute avec le droit réel, mais elle en diffère seulement parce qu'elle frappe *in globo* tous les biens patrimoniaux, tandis que le droit réel les frappe individuellement et déterminément¹. Hormis cela, l'assimilation est complète; l'obligation s'est, si l'on peut ainsi s'exprimer, cristallisée en une valeur qui revêt dans le patrimoine du créancier la forme *créance*, dans celui du débiteur la forme *dette*. Résumons d'un mot toutes ces observations en disant que la notion d'obligation est devenue une notion économique et purement objective. Son caractère subjectif a presque totalement disparu : *L'obligation, dit Ihering, fonctionne dans le droit nouveau comme, dans le droit ancien, fonctionnait la chose elle-même.*

Si tel est le caractère moderne de l'obligation, on s'explique fort bien la notion du contrat avec soi-même : la pluralité des volontés n'est plus de l'essence même du contrat; le créancier et le débiteur ne sont plus que les représentants de

ist eine Geldfrage. » — SALPINS, *nov. und Deleg.*, p. 348: « Der Inhalt eines obligatorischen Rechts ist ebenso unpersonlich wie der des Eigenthums ». — GAUDEMET, *loc. cit.* — PILON, *op. cit. supra*, p. 48 et s.

1. Vid. PLANIOL, *Traité élém.*, t. 1^{er}, page 281, n° 728. « Un droit réel quelconque est donc un rapport juridique établi entre une personne comme sujet actif et toutes les autres comme sujets passifs »

leurs patrimoines respectifs; ils apparaissent comme des instruments servant à l'accomplissement d'un acte. « Ce sont les patrimoines, personnes abstraites, qui sont unis par le fait de l'obligation; le patrimoine doit au patrimoine, le patrimoine paie au patrimoine; l'opération s'effectue entre eux. Les personnes n'y entrent que comme instruments : elles sont les organes, les représentants, les mandataires de leurs patrimoines respectifs ⁴. » Sans doute, dans la plupart des cas, la pluralité des instruments est requise; en général, chaque personne n'a à sa disposition qu'un patrimoine unique : l'union de deux patrimoines distincts suppose donc, au préalable, l'accord des personnes. Toutefois, il peut en être autrement; exceptionnellement, il se peut qu'une personne ait à la fois la disposition de deux patrimoines : c'est ce qui arrive dans l'hypothèse de la représentation.

Le représentant dispose de son patrimoine propre comme *dominus*, et de celui du représenté comme *procurator* : qui s'oppose à ce que le représentant puisse lui seul créer des rapports

4. POLACCO, *Della dazione in pagamento*, vol. 1^{er}, Padoue-Vérone, 1888, p. 148 : « Nelle obbligazioni, meglio che una volontà vincolata ad un'altra, si ha un vincolo fra due patrimoni considerati come personalità astratte. È un determinato patrimonio che deve una certa prestazione ad un determinato altro patrimonio, e le persone fra cui apparisce sorgere il vincolo non sono che gli organi, i rappresentanti, altrimenti surrogabili, delle rispettive personalità patrimoniali. »

contractuels entre ces patrimoines divers ? Si une volonté unique suffit à produire le résultat demandé, pourquoi en exiger plusieurs ? Quelle bonne raison donne-t-on pour exiger la pluralité des instruments, alors qu'un instrument unique suffit à la perfection de l'opération. « *Entre le fait d'une seule volonté qui peut dis-*
« *poser de deux patrimoines appartenant à deux*
« *personnes déterminées, dit Arno, et le fait dans*
« *lequel chacun des deux patrimoines est à la*
« *disposition d'une volonté spéciale et distincte, il*
« *ne peut exister une assez grande différence pour*
« *empêcher qu'on ne puisse, dans un cas comme*
« *dans l'autre, parvenir à un résultat identique*¹. »

Mais, si le contrat avec soi-même n'implique aucune contradiction métaphysique, il est utile de se demander quel phénomène juridique il engendre. A la vérité, il apparaît immédiatement, sans qu'il soit besoin de réfléchir davantage, comme s'analysant dans la substitution d'un contrat à un autre : le représentant devient acheteur ou vendeur, et un contrat de vente ou d'achat remplace le mandat ou la commission qui existait à l'origine des choses. Nous avons vu qu'un tel phénomène était possible ; mais il est intéressant de déterminer sous quelles conditions il peut se produire, et quels effets il entraîne.

1. Carlo ARNO, *loc. cit.*, p. 24.

CHAPITRE III

CONDITIONS DU CONTRAT AVEC SOI-MÊME

I. — La première condition qu'exige le contrat avec soi-même, il est presque superflu de le rappeler, c'est l'existence de la représentation : en dehors du champ de la représentation, l'on ne peut concevoir le contrat avec soi-même ¹.

Mais se rencontre-t-il dans les deux catégories de représentation, la représentation directe et la représentation indirecte, qui, dans toute la rigueur des termes, n'est qu'une représentation improprie ² ?

Si le contrat avec soi-même est une institution naturelle et possible, il doit se rencontrer dans le domaine de la représentation directe, et encore dans le domaine de la représentation

1. In ogni caso si è sempre nel campo della rappresentanza e quando dicendosi semplicemente *Selbstcontrahiren* resta inteso di tratti del *Selbstcontrahiren* del rappresentante, e, dicendosi « contratto con se medesimo » vuolsi riferirsi alla conclusione di contratti del rappresentante con se stesso.

Carlo ARNO, *Archiv.*, p. 20, 1, 56. ARNO ajoute : E inutile avvertire che in tutta cotesta teorica resta sempre sostintesa la buona fede da parte del rappresentante. Cfr. OTTO. — GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, vol. 1^{er}, p. 299, Leipzig 1895.

2. C'est le mot de Tartufari : *representanza impropria*.

indirecte. Comment admettre, en effet, que le commissionnaire, représentant indirect, ne puisse accomplir le contrat avec soi-même, alors que cela est permis au mandataire ? A notre point de vue, le mandataire et le commissionnaire se trouvent dans des situations identiques. L'un et l'autre sont des intermédiaires ; chacun d'eux se trouve à la tête de deux patrimoines distincts ; si l'un peut, par sa volonté unique, créer un lien de droit entre les deux patrimoines qu'il gère, pourquoi refuser à l'autre une semblable prérogative ¹. Objecterait-on que les actes du représentant indirect s'accomplissent d'abord en nom propre, et profitent au patrimoine du représentant avant de se produire dans le patrimoine du représenté ? Cette objection ne prouverait rien. On ne peut démentir, en effet, que, dans la réalité, *et c'est là le point essentiel*, l'acte accompli se trouve être passé, en dernière analyse, pour le compte et dans l'intérêt d'autrui, et qu'en fin de compte, c'est dans le patrimoine de ce dernier que se trouve constitué, modifié ou détruit le lien juridique. Ajoutons au reste que, si, dans la représentation indirecte, les effets juridiques de l'acte naissent, à l'origine, en la personne du représentant, il

1. Carlo ARNO, *op. cit.*, p. 37. — *Contra* : ROMER, MITTEIS et KOHLER, *Gesammelte Abhandlungen*, etc. .., Mannheim, 1883.

n'est point impossible de penser à un transfert qui, dans certains cas, serait contemporain de l'acte lui-même ¹. Il est certain que le commissionnaire, par exemple, ² peut, en sa qualité de personne privée, pour son propre compte et en nom propre, contracter avec soi-même en tant que commissionnaire.

Avec Grünhut ³, nous expliquons « l'entrée « du commissionnaire dans le contrat » au moyen de la doctrine du contrat avec soi-même. A la vérité, Rümelin pense, comme nous le verrons plus tard, que la contre-partie du commissionnaire constitue une autre figure juridique que celle du contrat avec soi-même ; mais cet auteur n'a pas par cela même nié la possibilité du contrat avec soi-même en matière de représentation indirecte . « Il ne serait pas juste de déclarer, « comme a fait Lepa ⁴, que la construction de « Grünhut est tout à fait erronée parce que le contrat avec soi-même du représentant indirect, « par exemple du commissionnaire, n'implique

1. « In diritto romano ad esempio in certe circostanze e superfluo l'atto di trasferimento e sono ammessi anche senza di esso come trasferiti i diritti e la obbligazione ». WINDSCHEID, I, 1891, § 73

2. GRÜNHUT, § cit., « Das Selbstcontrahierungsrecht des Einkaufs und Verkaufs Commissionärs », p. 452-510.

3. GRÜNHUT, *das Selbstcontrahierungsrecht*, etc., p. 452, 510.

4. LEPA, *op. cit.*, p. 262. (*Il Reichsgericht*, Eutsch., vol. v, p. 59). Ritiene ciò non solo ammissibile secondo le statuizione del diritto positivo, ma neppure concepibile. (Carlo ARNO, *op. cit.*, p. 32.)

« aucune contradiction. — Comme la reconnaissance du contrat avec soi-même ne dépend pas de la reconnaissance de l'existence d'une représentation directe, nier la représentation directe n'est point nier en soi le contrat avec soi-même ».

A la vérité, lorsque le représentant indirect accomplit le contrat avec soi-même, il se transforme en représentant direct, agit nécessairement *parte in qua* au nom de son représenté, et fait produire immédiatement en son patrimoine les effets du contrat ; mais cela n'empêche point de reconnaître que l'opinion qui soutient que le contrat avec soi-même est lié étroitement à la représentation directe et dépend de sa reconnaissance par le législateur, est erronée.

Lorsque Römer ¹ affirme que le droit romain ne connaissait point la représentation directe, et par la même ignorait le contrat avec soi-même, il exprime une opinion qui manque de fondement. Pour nous, l'admissibilité du contrat avec soi-même étant acquise dans la représentation directe, il n'y a plus de raison de la nier dans les rapports avec l'*Ersatzmann*, comme Ihering appelle celui qui opère en nom propre, mais dans l'intérêt d'un tiers.

1. RÖMER, *cit.* § 1. — V. encore HELLMANN, *die Stellvertretung in Rechtsgeschäften*, 82, p. 39, et aussi WINDSCHEID, *op. cit.* — IHERING, *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern*, vol. I, Léna 1881, p. 191.

II. — L'existence de la représentation directe ou indirecte, telle est la première condition qu'exige le contrat avec soi-même. Mais, dans le domaine de la représentation, est-il toujours possible ? n'exige-t-il point encore d'autres conditions ? La logique, la loi positive ancienne et moderne (vid. art. 1596 C.c.) nous répondent : Le contrat avec soi-même est possible à condition qu'il n'engendre pas un conflit d'intérêts. La question du conflit, dans le contrat avec soi-même, est certainement la plus importante de toutes celles qu'il nous sera donné de rencontrer au cours de notre seconde partie. Elle apparaît à chaque instant et dans les textes romains et chez les auteurs italiens de la Renaissance, et dans le droit moderne. Nous ne pouvons donc indiquer ici que ces grandes lignes.

Quelle est l'importance du conflit d'intérêts dans le contrat avec soi-même ?

Certains auteurs prétendent que le contrat avec soi-même ne se peut détacher de la collision des intérêts, et qu'en conséquence on ne peut admettre ce contrat... sans être amené à violer nécessairement en sa faveur les plus élémentaires principes de l'équité contractuelle. C'est ce qu'ont pensé Grünhut¹, Beckmann², Lepa³,

1. GRÜNHUT, *Das Recht des Kommissionars*, etc.

2. BECKMANN, *System des Kaufs*, etc., § 196.

3. LEPA. *Die Lehre vom Selbsteintritte*, p. 234.

Muskat¹ et Bahr^{2, 3}. Pour eux, la collision d'intérêts est inhérente à l'idée même du contrat avec soi-même, et c'est une raison pour le rejeter.

La comparaison que Lepa fait du contrat avec soi-même avec le cas dans lequel un même individu est à la fois juge et partie, n'est pas exacte. Le jugement ou l'arbitrage suppose un procès entamé ou imminent : le procès est un combat ; il serait illogique et dangereux de laisser à l'un des combattants le soin de décider de la victoire ; c'est ce que les Romains exprimaient en disant : *Si quis de re sua arbiter factus sit, sententiam dicere non potest*⁴.

Mais l'état de guerre qui existe en matière litigieuse n'existe pas nécessairement en cas de contrat ; chacun des contractants espère tirer avantage de l'opération : l'on ne peut transporter au contrat avec soi-même la règle qui interdit à une personne d'être juge en sa propre cause. Muskat, adversaire pourtant du *Selbstcontrahiren*, admet notre opinion, et il en est de même du *Reichsgericht* allemand⁵.

1. MUSKAT, *Der Vertrag des Stellvertreters*, p. 518.

2. BAHR, *op. cit.*

3. RUBSTRAT, *Ueber einige wichtige Grundsätze der negotiorum gestio*, p. 148, § 5.

4. LEPA, *loc. cit.*

5. Voir dans RÜMELIN, p. 14, les décisions du *Reichsgericht* allemand, et voir aussi, dans EUTSCHEID, *des R. G. in civils.*, vol. VI, Leipzig, 1882, *La Sentence* du 23 novembre 1881.

Le contrat avec soi-même, pour la Cour suprême allemande, est admissible, à moins qu'il n'y ait manœuvre dolosive de la part du représentant. Mais quel sera l'effet de ces manœuvres dolosives ? En d'autres termes, que faut-il décider au cas où le contrat sera vicié d'une façon évidente par la collision des intérêts ? Faudra-t-il l'annuler ?

Le *Reichsgericht* avait d'abord répondu négativement. La seule sanction de la présence de collision d'intérêts serait la condamnation du représentant au profit duquel cette collision existe au paiement de dommages-intérêts. Mais ce n'est point la solution définitive, et maintenant, le *Reichsgericht* admet que l'existence d'un conflit d'intérêts bien constaté annule le contrat.

En ces termes, la proposition est acceptable. Mais l'on pourrait ne pas tomber d'accord sur sa portée, et l'on se demande toujours en quel sens la collision d'intérêts vicie le contrat ! Affecte-t-elle son concept métaphysique ? Non point ; car on peut très bien concevoir une opération dans laquelle l'une des parties ait un profit léonin, sans que pour cela l'opération cesse d'être un contrat. Le conflit d'intérêts n'affecte donc point le contrat avec soi-même en ses éléments intimes ; c'est l'équité qui dresse cet obstacle. Par suite, il n'est point insurmon-

table, il n'est pas inévitable, et il est possible de l'atténuer.

Rümelin a indiqué des limites au contrat avec soi-même qui éliminent en grande partie le péril d'un conflit d'intérêts ¹.

Cet auteur établit quatre points capitaux :

I. — « La conclusion des contrats par le représentant avec soi-même est admise, toutes les fois que, *a*), l'acte même est contrôlable, et qu'est reconnaissable l'acte obligatoire par la volonté de celui qui contracte avec soi-même, *b*) ou que le contrat correspond clairement, au moment de sa conclusion, à l'intérêt du représenté ou des deux représentants.

II. — Ne peuvent être l'objet d'un contrat avec soi-même l'obligation abstraite du représenté, et tous les actes du genre de la reconnaissance, de la transaction, de la division d'un patrimoine héréditaire ou autres actes semblables.

III. — Peuvent être l'objet d'un contrat avec soi-même la transmission de la propriété et d'autres droits réels du représentant au représenté, et les obligations abstraites du représentant au regard du représenté, pourvu que l'acte de transmission et d'obligation ait les conditions requises au n° 1 *a*.

1. RÜMELIN, *op. cit.*, p. 15-28 (*sic*).

IV. — Sont valables finalement, pourvu qu'ils satisfassent aux conditions de 1^a, tous les actes juridiques accomplis par le *negotiorum gestor* et ensuite ratifiés, excepté les actes du n° 2.

L'exemple typique que l'on peut fournir en cette matière est la « *gestione con se stesso di un' affare altrui*. » Le contrat avec soi-même disparaît dans le cas de gestion ; tout péril est évité. Le contrat sera valide seulement, soit quand il aura été accompli utilement, soit lorsqu'il aura été ratifié par le représenté. L'on en déduit qu'au cas de mandat, si le représentant, en accomplissant le contrat avec soi-même, a bien interprété le mandat, il n'a causé aucun préjudice à son mandant, dont la volonté est réalisée ; que si, au contraire, le mandataire a excédé les bornes du mandat, ses actes sont des actes de gestion, valables seulement s'ils répondent aux règles de la gestion, ou s'ils sont ratifiés par le mandant : dans toutes les hypothèses, le représenté est garanti ¹.

C'est cette considération qui a déterminé Bechmann ² à accepter d'une façon détournée la possibilité d'un contrat avec soi-même. Il peut se faire, dit-il en substance, que le conflit d'in-

1. COGLIOLO, *Trattato teorico e pratico della amministrazione degli affari altrui*, v. 1^{re}, Florence, n° 99 bis, p. 147.

2. BECHMANN, *System des Kaufs*, etc, Erlangen, 1881, § 196.

térêts soit évité : cela a lieu dans le cas où le représenté fait au représentant une offre, puis au cas où le représentant de l'une des parties assume volontairement en même temps le soin des intérêts de l'autre, ce qui advient, par exemple, s'il y a une réunion de mandat et de gestion d'affaires, réunion qui est parfaitement admissible, et alors l'effet juridique de l'acte repose, non sur un accord contractuel, mais bien sur la ratification de l'utilité de l'affaire gérée.

Quoi qu'il en soit, il apparaît dès maintenant que le conflit d'intérêts ne vicie point essentiellement le contrat avec soi-même. Loin d'affecter son concept métaphysique, il ne constitue qu'un obstacle pratique toujours évitable, soit par la nature même du contrat, soit par la volonté des parties. En effet, il est hors de doute que si, malgré la collision d'intérêts qui peut, dans une circonstance donnée, s'y rattacher, les parties contractantes ont entendu réserver la possibilité du contrat avec soi-même, ce contrat peut intervenir¹.

Ainsi donc, la représentation, l'absence du conflit d'intérêts ou la déclaration formelle ou tacite des parties, telles sont les conditions essentielles que requiert le contrat avec soi-

1. Sur ce point, voir l'étude de Sraffa : « Il contratto del commissario con se medesimo. »

même. C'est d'ailleurs tout ce qu'il nous suffit de savoir quant à présent. La formule générale que nous donnons se précisera au cours de notre seconde partie, et, au risque d'une répétition, nous ne pouvons entrer maintenant dans de plus complets détails.

Nous allons donc donner quelques notions générales sur les effets du contrat avec soi-même, pour entrer ensuite dans l'étude du domaine d'application de ce contrat en droit positif.

CHAPITRE IV

EFFETS DU CONTRAT AVEC SOI-MÊME

Nous faisons, au début de ce chapitre, la même observation que celle que nous avons faite à la fin du chapitre précédent. Ce sont uniquement quelques principes généraux que nous rappelons ici, avant d'entrer dans l'examen détaillé du contrat avec soi-même en droit positif. On ne s'étonnera donc point de la brièveté de ce chapitre, et l'on aura l'occasion de contrôler les formules qui y sont rapidement données, par l'examen de notre seconde partie.

Quels sont les effets du contrat avec soi-même ?

I. — Nous avons vu, en étudiant la nature juridique de ce contrat, qu'en fin de compte, l'opération qu'il présente à l'analyse du jurisconsulte peut être considérée comme la substitution d'un contrat à un autre ¹.

1. Cependant, nous verrons plus tard, à propos de la commission et en étudiant les divers systèmes rapportés par James Breit (*op.cit.*) et Eschenbach (*Das Kommissionsgeschäft mit Selbsteintrittsrecht*), que d'autres constructions ont été proposées.

Le mandat ou la commission primitive, *en apparence*, disparaissent et font place à un nouveau contrat, le contrat de vente. Le mandataire ou le commissionnaire primitifs deviennent, suivant les cas, acheteurs ou vendeurs, et, réciproquement, le mandant ou le commettant se transforment, par la force même des choses, en vendeurs ou acheteurs.

Si nous osions nous exprimer ainsi, nous dirions qu'il y a dans le contrat avec soi-même une sorte de novation, et que les obligations respectives des parties contractantes, qui primitivement se référaient à l'idée de mandat ou de commission, dorénavant empruntent leur caractère au contrat d'*achat-vente* ou, car cette expression serait trop étroite, au nouveau contrat, quel qu'il soit, que le représentant, par sa volonté propre, a substitué au contrat ancien.

Ainsi, pour prendre toujours l'hypothèse du mandataire qui achète les biens qu'il est chargé de vendre, l'on dira que, par « son entrée » dans le contrat de vente : 1° d'une part, il a perdu les prérogatives du mandataire et s'est libéré de ses obligations, et que 2°, d'autre part, il assume *ipso facto* les obligations de l'acheteur, c'est-à-dire qu'il doit se livrer, est tenu des risques, doit le paiement du prix, tout en acquérant ses droits, ce qui signifie que son ancien man-

dant sera tenu envers lui d'opérer livraison et de garantir la chose vendue.

Transformation d'un contrat en un autre, telle est bien l'idée qui ressort de nos explications antérieures, l'idée maîtresse que l'on retrouve au fond du contrat avec soi-même ¹.

II. — Toutefois, il serait imprudent d'exagérer cette idée ; il n'est pas vrai, en effet, que le contrat primitif s'éteigne entièrement. Le mandat et la commission font bien place à un contrat nouveau, mais néanmoins ils n'abandonnent pas complètement la scène ; il reste encore quelque chose de ces anciens contrats.

La question est fort intéressante au point de vue de ce qu'on appelle le droit de commission ².

Lorsqu'un commissionnaire ou un mandataire accomplissent pour le compte d'autrui un contrat quelconque, tantôt ils font cette opération gratuitement, ce qui est le cas le plus général dans le mandat ; tantôt ils exigent une certaine rémunération pour l'accomplir, ce qui a lieu le plus habituellement dans la commission.

1. Vid. James BREIT, *op. cit.*

2. La question a été fort bien étudiée par SRAFFA, *op. cit.*, *Archivio*, vol. 61, p. 367 et suiv., de même par GRUNHUT, *op. cit.*, et enfin par PICCINELLI, *Apprezzamento dei valori pubblici e delle operazioni di borsa* (2^e édit., p. 647).

Lorsque le représentant contracte avec soi-même, il substitue, nous l'avons dit, un contrat à un autre, fait disparaître le contrat de commission ou le mandat pour donner naissance à un contrat d'achat, de vente ou à tout autre contrat. Pour être logique, on devrait décider que le commissionnaire et le mandataire, contractant avec eux-mêmes, cessent d'avoir droit à une commission.

Cela, d'ailleurs, ne devrait présenter aucune difficulté. Le mandat ou la commission disparaissant, la gratification qui s'y rattachait n'a plus de raison d'être : en apparence, droit de commission et contrat avec soi-même sont deux termes antinomiques.

Toutefois, la jurisprudence n'admet point cette conséquence. Pour les tribunaux et les cours d'appel, le droit de commission est dû, encore bien même que le commissionnaire se soit fait contre-partiste. « Ce dernier, dit M. Lacour, n'en est pas moins un intermédiaire, puisqu'il facilite l'accès du marché à son client, qui ne pourrait y opérer directement lui-même : cette circonstance suffit pour justifier la perception du droit de commission.

« C'est tout à fait exact et tout à fait conforme aux usages de la place de Paris et du marché en banque.

« C'est ce qu'explique également une note

sur arrêt de la Cour de Paris du 3 juillet 1900 empruntée au numéro du 5 janvier 1900 d'une publication spéciale : *Le Droit financier*. Permettez-moi d'en placer sous vos yeux les passages suivants : « En principe, le contre-partiste n'est pas un mandataire. Si donc la commission n'est que la rémunération d'un mandat exécuté, le droit à la commission ne peut prendre naissance. Mais s'ensuit-il que le commissionnaire ne puisse, à aucun titre, toucher le montant de cette commission ? Le client qui, tout en traitant avec le commissionnaire comme avec un commissionnaire ducroire, l'autorise cependant, soit avant, soit après l'opération, à se porter sa contre-partie, n'a en réalité qu'un but : se procurer, grâce au concours de son cocontractant, l'accès du marché où il ne pourrait pas pratiquement opérer en personne, et, grâce à ce concours, prendre une position d'acheteur ou de vendeur avec les chances qui s'attachent à cette position. Or, ce but sera réalisé, que le commissionnaire traite avec un tiers ou qu'il se porte lui-même contre-partie, et, de ce chef, le droit à une commission doit être reconnu. S'il n'y a pas mandat en cas de contre-partie, il y a un service rendu, et ce service est, au point de vue où se place le client, absolument le même que s'il y avait eu exécution du mandat. Si donc on admet cette interprétation, pleinement con-

forme à l'intention des parties, il importe peu que le commissionnaire soit un intermédiaire au vrai sens du mot, ou se porte contre-partie. Dans un cas comme dans l'autre, il répond personnellement, vis-à-vis de son client, des suites de l'opération ; c'est bien là ce que le client a voulu et ce qu'il a entendu rémunérer d'une façon spéciale et forfaitaire. Le droit à une allocation égale à une commission ducroire a donc pu valablement prendre naissance¹. »

Tel apparaît, en sa texture théorique, le contrat avec soi-même. Nous connaissons dorénavant, un peu sommairement, il est vrai, sa nature juridique, ses conditions, ses effets ; toutes ces notions se préciseront et prendront corps dans notre seconde partie, « *le domaine d'application du contrat avec soi-même* », que nous abordons dès maintenant.

1. V. *Gazette du Palais* du 13 juin 1902, p. 2.



DEUXIÈME PARTIE

DOMAINE DU CONTRAT AVEC SOI-MÊME
EN DROIT POSITIF

LIVRE I^{er}

Les origines

CHAPITRE I^{er}

DROIT ROMAIN

Dans l'étude des documents qui peuvent servir à fonder la théorie du contrat avec soi-même, il serait peu raisonnable de négliger les textes romains. Non point qu'il soit possible de parler, en cette matière, d'une évolution véritable : le contrat avec soi-même ne s'est point développé normalement au cours des âges, de telle sorte qu'il soit possible de rencontrer dans les législations primitives son germe, et dans les modernes son plein épanouissement. Les législateurs n'ont pas eu, jusqu'à maintenant, nettement conscience de la théorie du contrat avec soi-même.

Il est donc vain de rechercher dans les sources romaines une expression d'un caractère général qui se prononce ou pour l'admis-

sibilité ou pour le rejet du contrat avec soi-même.

Le texte de Paul ¹, « *Difficile est ut unus homo duorum vicem sustineat* », n'a point trait à notre matière, et le texte de Julien, « *Communis servus duorum servorum personam sustinet* ² », qu'on lui oppose généralement, ne prouve point que l'esclave commun puisse contracter avec soi-même, mais établit seulement comme un principe ferme qu'une seule personne peut tenir les rôles de deux personnes distinctes. Mais, s'il n'existe point de texte qui s'exprime d'une façon générale sur le contrat avec soi-même, il est possible de découvrir des hypothèses spéciales où cette institution est reconnue. En réunissant ces diverses hypothèses, nous espérons parvenir à démontrer qu'en certains cas on pouvait, en droit romain, se transférer à soi-même la propriété ou la possession, se consentir un prêt, enfin vendre ou acheter pour soi-même.

SECTION I^{re}

LE TRANSFERT A SOI-MÊME

Le type ordinaire de l'acte translatif, c'est la tradition : la tradition est-elle un acte bila-

1. PAUL. (D., XLVII, 2, p. 16.)

2. JULIEN. (D. 45, 3, 1. § 4.)

téral? est-elle un contrat? La question est controversée; toutefois, nous nous rallions à l'opinion de Savigny¹. Pour nous, la tradition est un véritable contrat. Tous les caractères répondant au concept du contrat se découvrent en elle: elle implique déclaration de volonté des deux parties en présence à la transmission actuelle de la possession ou de la propriété. « *Quand une chose vient à être vendue, dit Savigny, l'on pense d'ordinaire que le contrat obligatoire constitue la vente; cela est vrai, mais la tradition qui survient ensuite est elle-même un vrai contrat: elle se distingue de la vente, bien qu'elle prenne en elle sa source.* »

Si la tradition est un contrat, la conclusion qui s'impose à nous est la suivante: toutes les hypothèses de traditions à soi-même sont des cas de *Selbstcontrahiren*; le constitut posses-soire et le *sibi solvere* sont de vrais contrats avec soi-même.

§ 1^{er}

CONSTITUT POSSESSOIRE

Bien que le texte de Javolenus dise expressément: *Tradere te tibi possessionem.... posse,*

1. SAVIGNY, *System*, vol. III, 1891, § 140, p. 409. — Voir encore SOHM, *Revue de Goldschmidt*, vol. XVII, p. 16. — DERNBURG, *Pand.* I, § 213. — *Contra*: PERNICE, *Grundriss zu vorl. über Pandekten* (1887-1893, § 96, p. 35; — FERROZI, *Monographie sur la Tradition*, 1886.

nous préférons considérer, pour établir la possibilité d'une tradition de possession à soi-même, le célèbre texte de Celsus ¹, qui se rencontre au livre 23 du Digeste, dont Lenz ² a dit qu'il était une brillante *Kundgebung des Genies, die Perle des ganzen Pandektentitels*. — Le voici : *Quod meo nomine possideo, dit Celsus, possum alieno nomine possidere et alium possessorem ministerio meo facio, nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cujus nomine possidetur, procurator alienæ possessioni præstat ministerium*. Ce texte ne se comprend qu'à la condition de se rappeler les idées romaines en matière d'acquisition de la possession *per extraneam personam*. Si, primitivement, l'on répugnait à l'acquisition de la possession par le fait d'autrui, on finit par la reconnaître ; elle avait lieu, non seulement en vertu d'un mandat spécial, mais encore d'un mandat général, par le fait d'un *procurator omnium bonorum* ³. Ceci posé, il est facile de comprendre que le représentant pouvait acquérir pour le compte du représenté, non seulement une chose qu'il appréhendait pour la première fois, mais encore un objet dont il avait lui-même auparavant la possession. L'opération est très

1. CELSUS. (D. 41, II, 18, Pr.)

2. LENZ, cit. par Kohler, *Gesamm. abh.*, 1, p. 6, en note.

3. Voir, sur ce point : ALIBRANDI, *Teoria del possesso secondo il diritto romano*, Rome, 1871, p. 67 ; -- MITTEIS, cit., § 5, p. 51.

simple : le représentant renonce à sa propre possession pour transmettre la chose en la possession du représenté. Il cesse d'avoir l'*animus possessionis* pour lui-même, et unit à sa détention l'intention de posséder pour le représenté. En d'autres termes, il opère tradition de la possession, et, chose remarquable, il l'opère par le fait de sa volonté unique ¹. Que conclure de ce texte, sinon que la tradition, c'est-à-dire le contrat translatif, peut, en certaines hypothèses, revêtir la forme du contrat avec soi-même ? Ce n'est point une constatation de peu d'importance, mais, au contraire, une vérité de grand poids, qui va nous servir dans l'étude du *sibi solvere*.

§ 2

LE SIBI SOLVERE

C'est au moyen de la tradition que s'effectue le paiement ; aussi les Romains l'appelaient-ils « *traditio solutionis causa* ». Lorsqu'on se demande si la *solutio* est un véritable contrat, il est donc futile d'affirmer, comme Römer², que *die Solutio ist ein Vertrag*, et tout aussi vain de déclarer, comme Lepa³ : *Ein Vertrag ist sie die Zahlung*

1. HARBURGER, *Das Constitutum possessorium*, etc., *Dissert.*, ER LANGEN, 1881, § 6, p. 35 et suiv.

2. ROMER, cit. p. 72.

3. LEPA, cit. 240.

nicht. Soutenir, en effet, que le paiement est un contrat, c'est affirmer uniquement que, dans cette opération, il se fait un transfert de propriété d'un patrimoine dans un autre. La tradition, voilà ce qu'on découvre en dernière analyse dans l'opération du paiement. Or, nous l'avons vu, la *traditio* est un contrat ; il en est de même du paiement, au moins dans la généralité des cas. Rappeler l'exemple du dépôt judiciaire, comme le fait Muskat¹, ne sert de rien et ne peut établir l'unilatéralité. Lorsque nous verrons qu'une seule personne peut se payer à soi-même, ou doit exiger de soi-même un paiement, nous serons en présence d'un contrat avec soi-même : le *sibi solvere* est un cas de contrat avec soi-même. Ces explications données au préalable, il est maintenant intéressant de constater que le droit romain a, à maintes reprises, consacré la possibilité d'un *sibi solvere*.

A Rome, le représentant peut se payer à lui-même et, inversement, doit exiger de lui-même un paiement.

De nombreux textes constatent cette vérité pour : 1° le tuteur, 2° le gérant d'affaires, 3° le mandataire général.

I. *Le tuteur*. — Le texte le plus connu est

1. MUSKAT, cit. § 6, p. 527.

celui relatif au *sibi solvere* du tuteur; il est d'une netteté et d'une précision remarquable: « *Sicut*
« *autem sibi solvere tutor quod debet, ita et exi-*
« *gere quod sibi debetur potest, si creditor fuit*
« *patris pupilli*¹. »

Ce texte si clair ne permet point de douter que l'opération aboutisse à une libération immédiate du débiteur.

C'est donc vainement qu'on lui opposerait le texte obscur d'un jurisconsulte obscur lui-même, Triphoninus². Les conjonctions parasites, *et quamvis, et tamen et quamvis, etiamsi, enim, non licet enim*, etc., permettent de supposer que ce texte a été interpolé. Quoiqu'il en soit, une seule phrase: *quod sua auctoritate efficere non potest*, semble mettre en doute l'efficacité du *sibi solvere*: cette opération n'entraînerait point un effet libératoire immédiat³. Mais quelle autorité attribuer à cette proposition incidente, puisque, à la fin de son fragment, Triphoninus dit en substance que le tuteur qui, pour cause de fidéjussion, est débiteur de son pupille, doit exiger paiement de soi-même? La vérité, c'est que le fragment de Triphoninus a besoin pour son explication d'être segmenté⁴: il comprend deux parties distinctes, relatives à deux situations différentes.

1. ULPEN, *ad edictum*, Loi IX, § 5. (*Digeste*, 26-27.)

2. TRIPHONINUS. (D. XLVI, 1, *fr.* 69.)

3. RÜMELIN, p. 113.

4. Carlo ARNO, *Archiv.*, t. 56, p. 270.

La première, qui s'arrête au mot *respicienda est*, répond absolument à ce que nous avons déjà dit sur le *sibi solvere*; la seconde, qui commence à *licet enim is tutor* et se termine à la fin du fragment, probablement interpolée puisqu'elle ne se trouve pas dans les Basiliques, ne se réfère plus à l'hypothèse d'un *sibi solvere*, mais d'un *solvere pupillo, tutore auctore*, et n'a, par conséquent, rien à voir avec notre théorie. Si l'on prend uniquement la première partie de ce texte, on y constate qu'au cas où le tuteur se paie à lui-même, la *solutio* produit un effet immédiat. Peu importe alors la seconde partie, car personne ne conteste que, lorsque le tuteur fait directement au pupille un paiement en lui prêtant son *auctoritas*, l'effet libératoire immédiat est impossible. A l'appui de cette affirmation vient un autre texte du Digeste ¹, qui déclare que le pupille ne peut restituer au tuteur, *se auctore*, l'hérédité : c'est l'application de la règle générale.

A coup sûr, la question est plus délicate lorsqu'on se demande si le tuteur peut se restituer à soi-même l'hérédité. Certains auteurs pensent que la règle « *Tutor in rem suam auctor esse non potest* » disparaît en ce cas, et que la restitution apparaît comme possible. Toutefois, Chifletius ² déclare qu'en cette hypo-

1. D., xxxvi, 1, fr. 1, § 13.

2. CHIFLETIUS, *De jure fideicommissorum*, dans Otto, Thes, v. p 854.

thèse, le contrat avec soi-même est inadmissible, parce qu'il ne saurait y être question d'un *sibi solvere* ; Paul ¹ ne dit-il pas : « *Non enim solutio est hereditatis restitutio, sed et successio, cum obligetur.* »

Aucun de ces textes ne vient donc à l'encontre de la possibilité du *sibi solvere* du tuteur.

Le tuteur peut *sibi solvere* et doit *exigere a se* : voilà ce qui dorénavant est établi.

II. *Negotiorum gestor*. — Cela nous dispense d'entrer dans de nombreux détails sur le *sibi solvere* du *negotiorum gestor*. Un long fragment de Scevola ², un autre d'Ulpien ³, enfin un texte de Paul ⁴ établissent les principes suivants :

1° Le *negotiorum gestor* créancier du *dominus* doit se payer à soi-même, sous peine de perdre sa créance, à condition toutefois qu'il trouve, dans les biens du *dominus*, somme suffisante pour se désintéresser.

2° Le *negotiorum gestor* qui est débiteur du *dominus* doit *exigere a se*, sous peine de payer les intérêts de sa dette, à condition toutefois que cette opération soit possible. Des exemples feront mieux comprendre les deux propositions ci-dessus.

1. PAUL. (D., xxxvi, 4, p. 39.)

2. SCEVOLA. (D., 3, 5, 34.)

3. ULPIEN. (D., 3, 5, p. 5, § 14, *in fine*.)

4. PAUL. (D., 3, 5, p. 12.)

A. — Un débiteur doit 50.000 sesterces à son créancier; le débiteur meurt; en l'absence d'un héritier, le créancier assume l'administration du patrimoine. Il avance 10.000 sesterces; la vente des biens héréditaires se fait et se liquide par 100.000 sesterces; ces derniers sont diligemment placés par le créancier, mais, par la suite, se trouvent perdus. L'on se demande si, l'héritier venant à être connu, il doit payer au créancier et l'avance des 10.000 sesterces et la dette de 50.000 sesterces. Paul rapporte la décision de Julien, qui écrit que : « l'on doit distinguer si le créancier gérant a eu raison suffisante pour déposer en une cassette les 100.000 sesterces, au lieu de les employer à se payer à soi-même sa propre créance, ensemble avec les autres dettes du *de cujus* : « *Nam si*
« *debuerim et mihi et ceteris hereditariis credi-*
« *toribus solvere, periculum non solum sexaginta*
« *sed et reliquorum quadraginta me præstatu-*
« *rum* ¹. »

B. — Si le fragment de Paul établit la possibilité et quasi l'obligation d'un *sibi solvere*, le *principium* du fragment de Scevola force le *negotiorum gestor* d'exigere a se : « *Divortio*
« *facto, negotia uxoris gessit maritus: dos non*

1. Confér.: BASIL, xvii, 1, 13 et ss. (HEIME, II, p. 211); — CUJAS, œuvres, t. v. (Naples 1758), col. 124 et ss.; — GLÜCK, *Auss. Erläut. der Pand.*, vol. V., p. 379.

« *solum dotis actione, verum negotiorum gestorum servari potest, hæc ita, si in negotiis gestis maritus, dum gerit, facere potuit : alias enim imputari non potest, quod a se non exegerit.* »

Le mari débiteur de la dot peut même, après le divorce, gérer les affaires de la femme ; d'où suit que la femme peut agir pour la restitution de sa dot par l'*actio negotiorum gestorum*. Le mari doit donc exiger de soi-même la restitution de la dot, à moins toutefois qu'il ne soit dans l'impossibilité de l'effectuer. Or, lorsque, moyennant l'opération exclusive de sa volonté unique, le mari transfère la dot de son patrimoine en celui de la femme, il accomplit un contrat avec soi-même ¹.

Au reste, comme le fragment parle d'une restitution de dot, l'objection que certains pourraient faire, sans ombre de fondement, que, dans la possibilité d'un paiement à soi-même, l'effet du passage de la propriété peut être obtenu indépendamment de l'intention des parties, tombe. — Qu'est-il besoin d'insister davantage et de citer d'autres textes ? Nous avons suffisamment démontré, pour le *negotiorum gestor*, la possibilité du *sibi solvere*. Elle existe aussi pour le *procurator omnium bonorum*.

1. A Rome, le mari est propriétaire de la dot. — Cfr. K. CZYHLARZ, *das römische Dotalrecht*, Giessen, 1870. I. III, chap. 1^{er}, p. 185-196.

III. *Procurator omnium bonorum.* — Titius ¹ était tenu envers moi par une action *in quadruplum* dans l'année, et *in simplum* l'année écoulée, comme l'*actio vi bonorum raptorum*, l'*actio quod metus causa* et l'*actio in factum de calumniatoribus*. J'ignorais l'acte commis par Titius, et je lui ai donné mandat d'accomplir toutes mes affaires. Deux ans plus tard, je lui demande compte de son administration.

Titius m'offre seulement le *simplum*, sous prétexte qu'un an s'est écoulé depuis le délit, et que je ne puis plus prétendre au quadruple ; je réponds en exigeant le quadruple, parce que j'ai donné mandat général à Titius alors que l'année du délit n'était pas encore écoulée. Julien me donne raison : « *Si negotia mea mandavero*
« *gerenda ei, qui mihi actione in quadruplum tene-*
« *batur, post annum vero in simplum, etsi post*
« *annum cum eo mandati agam, præstare mihi*
« *quadruplum debebit.* »

C'est qu'en effet, si un tiers eût été tenu envers moi en vertu de cette action, mon mandataire eût dû agir dans l'année et m'obtenir le quadruple, sous peine d'être tenu de l'*actio mandati*. Il n'en va pas autrement lorsque c'est le mandataire lui-même qui est tenu au quadruple ; s'il n'a point exigé paiement de soi-même,

1. JULIEN. (D. XVII, 1 fr. p. 31.)

l'*actio mandati* peut être dirigée contre lui : *Nam*,
« dit élégamment Julien ¹, *qui alterius negotia*
« *administranda suscipit, id præstare debet in*
« *sua persona quod in aliorum.* »

SECTION II

Le prêt à soi-même

La *traditio* est un contrat, mais qui vient comme le couronnement d'un acte antérieur ; elle peut être distincte de cet acte, mais elle n'en est pas moins la conséquence. Dès lors, il n'est point étrange que la volonté d'un seul puisse la produire. Déjà, les volontés se sont accordées sur la vente ou la donation ; la portée de l'acte a été précisée par elles. Quand l'une des volontés parfait l'acte, elle ne crée point un nouvel état de choses : elle suit la voie tracée par l'accord des volontés ; elle est l'écho des volontés antérieurement exprimées. L'on pourrait en conclure que la possibilité du contrat avec soi-même n'est point établie par la constatation du *sibi tradere*. Nous irons donc à la base de toute opération contractuelle, et nous établirons que la promesse à soi-même n'est point une impossibilité.

1. CUIJAS, cit. VI, 87.

Le *mutuum* et l'*emptio* sont des contrats : peut-on se prêter à soi-même ? peut-on se vendre à soi-même ? Telles sont les deux propositions qu'il nous reste à établir.

Nous commençons dans cette section par le prêt à soi-même :

« *Non tantum autem sibi solvere tutor, verum
« etiam sibi creditam pecuniam scribere potest,
« ut Marcellus libro octavo Digestorum scripsit,
« seque mutua pecunia poterit obligare sibi mu-
« tuam perscribendo*¹. »

Ce texte, fort important, est regardé comme le plus probant du droit romain en notre matière.

Römer² dit : « *Ganz besonders frappant ist
« aber die in § 7 cit. anerkannte Möglichkeit des
« Abschlusses eines Darlehenscontracts zwischen
« dem Tutor als solchem und dem Tutor als Pri-
« vatperson.* » Sa clarté n'a point été contestée par les jurisconsultes anciens et modernes ; Keller³, Windscheid⁴, Brinz⁵, se sont inclinés devant les dispositions d'Ulprien, sans chercher d'autre interprétation.

1. *Dig.*, D., xxvi, 9, § 7.

2. RÖMER, *cit.*, p. 72.

3. KELLER, *Pand.*, v., 2, Leipsig, 67, § 432, p. 283.

4. WINDSCHEID, *Pand.*, 2, 91, p. 601, note 8.

5. BRINZ, *Pand.*, Erlangen, 88, § 498, p. 814.

Il a fallu l'ingéniosité d'Eck¹ pour y trouver difficulté. Eck prétend que le terme *sibi solvere* n'embrasse point les deux hypothèses inverses de la *sibi solutio* ; il ajoute que le terme *scribere pecuniam* ne fait point allusion à un prêt, mais signifie seulement donner quittance : « *quittiren* ». Cette interprétation n'est pas heureuse. D'une part, il est fort probable qu'après avoir, au préalable, envisagé les deux hypothèses de la *sibi solutio*, Ulpien a entendu réunir ces deux hypothèses et dire : « *Non seulement le tuteur peut effectuer un paiement à soi-même, mais encore, etc.* » ; — d'autre part, le terme *scribere* n'a jamais signifié « *quittiren* ». Il ne faudrait point en effet le confondre avec le terme « *perscribere* », qui, suivant Mommsen², a cette dernière signification, ni avec le terme « *rescribere* », qui, comme le montre un vers d'Horace :

..... Perilli
« Dictantis, quod tū nunquam rescribere possis »

(SAT., II, 3, 76),

est une expression de banque. Si *perscribere* signifie donner quittance, si *rescribere*, comme

1. ECK, *Revue de Goldschmidt*, v. 39, Stuttgart, 91, p. 265-267 : « *Quittiren einer gezahlten Schuld.* » — Adde : Siebert, *op. cit.*, p. 41.

2. MOMMSEN, *Die Pompeianishken Quittungstafeln in Hermes*, vol. XI, Berlin, 1887, p. 111, n. 1.

l'explique Acron ¹, correspond à « *debitum solvere*, « *h. e., scriptum debiti liberare*, *scribere* ne signifie point autre chose que « *mutuum sumere* ».

Dès lors, lorsque Ulpien dit que le tuteur peut « *sibi creditam pecuniam scribere* », il ne dit point autre chose que ceci : « *Le tuteur peut accomplir un mutuum avec soi-même.* »

Le caractère du *mutuum* n'est pas discuté : c'est un contrat. Le prêteur donne une certaine quantité de choses fongibles à l'emprunteur, à la condition que ce dernier s'engage à lui rendre, à une date déterminée, des choses du même genre et qualité. Telle étant l'essence du *mutuum*, n'est-il point singulier de voir des auteurs essayer d'échapper à la nécessité de reconnaître le contrat avec soi-même, en niant que le texte d'Ulpien en soit la proclamation manifeste ? Au surplus, leurs efforts sont vains : il ne sert de rien à Forster ² d'affirmer, sans preuve, qu'il n'est point ici question de la conclusion d'un contrat ; il ne sert non plus de rien à Muskat ³ de soutenir que les principes généraux du droit romain consacrés par les textes établissent l'impossibilité pour le tuteur d'user

1. ACRON, cf. Térence, *Phormion*, v, 8, 921. — Vid. : Porphyrius ; — *Commentaires d'Horace*, p. 243.

2. FORSTER. — *Théorie de droit all.*, v. 1^{er}, 5^e éd., Berlin, 1887, § 74, p. 426, n^o 21.

3. MUSKAT, cit. p. 530.

des deniers du pupille pour son compte personnel, parce que l'on peut soutenir qu'Ulpien établit une exception au principe. Enfin, il est futile de prétendre que le texte, ne disant pas formellement: « *Sibi pecuniam credere potest* », mais « *sibi pecuniam scribere potest* », ou encore « *sibi mutuam perscribendo* », fait allusion, non pas à un acte bilatéral, mais à un acte unilatéral, la constatation du mutuum sur les livres à ce destinés; car cette prétention tombe immédiatement devant les termes formels du texte: « *seque mutua pecunia poterit obligare* ». -- Il n'est pas plus heureux d'invoquer, à l'encontre du texte d'Ulpien, un texte de Triphoninus¹, auteur dont nous avons eu l'occasion de constater l'obscurité. Triphoninus dit en substance que le prêt à soi-même doit être fait *palam aperteque*: ce n'est pas là une proposition en contradiction avec le texte d'Ulpien. D'ailleurs, que Triphoninus envisage, si l'on veut, le cas d'un prêt consenti par le cotuteur au tuteur, cela ne prouve point qu'il n'y ait des hypothèses où le tuteur puisse se consentir à soi-même le prêt sans avoir besoin du secours d'un cotuteur.

La polémique s'est atténuée sur le point de savoir si le tuteur peut se prêter à soi-même. Elle est, par contre, très vive sur le point de

1. TRIPHONINUS. (D. 26, 7, 54.)

savoir si la réciproque est vraie, et si le mineur peut devenir débiteur du tuteur en raison d'un prêt consenti par celui-ci.

Cette conséquence n'a point été envisagée par les auteurs anciens, Accurse, Bartole, Cujas, etc..... Mais quelques modernes, Lepa¹, Winscheid², Muskat³, l'ont rejetée. Rümelin⁴ écrit à cet égard : « *Sibi creditam pecuniam scribere* » *heisst: das Geld als sich creditirt aufschreiben, « sich als Schuldner bekennen. »* Römer⁵ et le « Reichsgericht » l'admettent au contraire.

Que devons-nous en penser ? Les deux textes de Marcellus et de Triphoninus ne nous autorisent en aucune façon à conclure à l'admissibilité de cette conséquence, pas plus qu'ils ne nous permettent de conclure à son rejet. Ulpien semble indiquer qu'au cas où le tuteur a donné une somme en *mutuum* au pupille, celui-ci ne sera pas obligé *civiliter* en vertu du prêt, mais seulement *naturaliter* à cause d'un enrichissement injuste, « *in quantum locupletior factus est* ». Ce texte, qui n'emploie point l'expression « *scribere mutuum* », mais seulement « *mutuum dare* », est-il une indication, et devrait-on dire qu'au

1. LEPA, cit., p. 240 et ss.

2. WINSCHIED, loc. cit.

3. MUSKAT, cit., p. 529.

4. RÜMELIN, cit., p. 170.

5. RÖMER, cit., p. 72.

cas où il y aurait un « *scribere pecuniam* », il y aurait lieu à une obligation civile ? C'est là une question difficile à trancher. Pour nous, lorsqu'il est fait *palam aperteque*, le prêt du tuteur au mineur oblige celui-ci. L'on ne voit pas pourquoi il en serait autrement, et pourquoi cette hypothèse conduirait à une solution différente de celle de l'hypothèse précédente.

Admis pour le tuteur, le *mutuum* avec soi-même l'est *a fortiori* pour les autres représentants. Exception est faite cependant en ce qui concerne les administrateurs publics, qui ne peuvent prendre des deniers dans le Trésor en alléguant que c'est à titre de prêt. Cette impossibilité n'a rien d'ailleurs de métaphysique, elle est toute pratique ; cela est si vrai qu'elle peut être levée par le pouvoir souverain : « *Nisi forte* » « *presumendi facultatem sublimium potestatum* » « *jussione perceperit* ¹.

SECTION III

Achat et vente avec soi-même

Le droit romain, qui reconnaît la possibilité du contrat avec soi-même en matière de *mutuum*,

1. Cod. 1 et 2, X, 75. — Confer. BRUNNEMANN, *Com. in codicem IV*. Naples, 1779, p. 1620.

la nie-t-il, par une contradiction inexplicable, en matière d'*emptio*? Peut-on accomplir l'achat avec soi-même et, réciproquement, accomplir une vente?

A. *L'achat*. — Nous rencontrons dans le Digeste un texte qui semble bien interdire l'achat des biens du mandant par le mandataire: « *Tutor rem pupilli emere non potest: idemque* » « *porrigendum est ad similia, id est ad curatores* » « *procuratores et qui negotia aliena gerunt.* » Ce texte consacre-t-il vraiment la négation formelle du contrat avec soi-même? C'est le sentiment de Bechmann¹, de Lepa², de Muskat³ et de Ruhstratt⁴.

Ce n'est pas celui de Römer, de Rümelin et d'Arno⁵; ce n'est pas non plus le nôtre. Il ne suffit pas, en effet, de constater que l'achat pour soi-même est interdit; il faut encore pouvoir affirmer que la prohibition tient à son caractère de contrat avec soi-même: si elle tenait à des causes extérieures, elle n'aurait plus de portée, et ne prouverait rien contre notre théorie. C'est précisément le cas; il est facile de l'établir.

Le *sibi emere* est prohibé, non en tant que

1. BECHMANN, cit., p. 286.

2. LEPA, cit., p. 245.

3. MUSKAT, cit., p. 534.

4. RUHSTRATT, dans *Jahrb.*, f. *Dogm.*, v. 15, Iena 1889, p. 146.

5. RÖMER, RÜMELIN et ARNO, cit. Voir au surplus Arno, p. 579.

contrat avec soi-même, mais parce qu'il entraîne pratiquement la collision des intérêts. L'existence d'un prix normal contrôlable fait défaut dans la vente romaine; et si, comme le disent Labéon et Cassius ¹, l'on ne peut laisser la détermination du prix de vente à l'arbitrage d'un tiers, il faut en conclure, comme Rümelin ², qu'à plus forte raison il est dangereux de le laisser à l'arbitrage de l'un des deux contractants. C'est cette unique raison pratique qui empêche le mandataire d'acheter les biens du mandant. Cela est si vrai, que là où elle existe sans impliquer d'ailleurs le contrat avec soi-même, elle suffit à faire prohiber l'achat: « *Non licet ex officio; quod administrat quis, emere quid vel per se vel per aliam personam* » ³.

On peut ajouter encore que la règle n'a pas été formulée tout d'un coup. D'abord édictée pour le tuteur, elle s'est ensuite étendue aux autres mandataires, comme en font foi les termes « *idem porrigendum ad similia* ». Pourquoi cette application progressive? S'explique-t-elle dans le cas où la prohibition tiendrait à l'impossibilité naturelle du contrat avec soi-même? Non, car les défenses diverses n'eussent pas manqué

1. LABEON et CASSIUS. — Cf Serafini, cit., n. x., p. 117. (Dig., 48, 62; — Dig., 1, 46, 6; — Céd., 1, 53, 1.)

2. RÜMELIN, cit., p. 210.

3. D. 18, 1, 46.

d'apparaître en même temps, et pour ainsi dire sur le même plan. On conçoit fort bien, au contraire, que l'inconvénient pratique de la collision des intérêts soit apparue tout d'abord dans l'*emptio* du tuteur, et se soit postérieurement étendue à l'*emptio* des autres représentants ¹. Somme toute, la prohibition de l'achat à soi-même ne prouve rien contre le contrat avec soi-même.

Il y a plus : lorsque la collision d'intérêts disparaît, la défense d'accomplir l'*emptio* disparaît aussi. Le mandataire peut acheter les biens du mandant lorsque la vente a lieu aux enchères : « *Tutor ex pupilli auctione rem, quam ejus putabat esse, emit ; Servius* ² *ait, posse eum usucapere. Procuratorem quoque, qui ex auctione, quam mandatu domini facit, emerit, plerique putant utilitatis causa pro emptore usucapturum.* » Ces textes nous éclairent sur la portée de la prohibition, et nous permettent une comparaison entre le *mutuum* et l'*emptio*. Le *mutuum* avec soi-même doit être accompli *palam aperteque* ; l'*emptio* pour soi-même n'est possible qu'au cas d'*actio* : les textes ne semblent laisser aucun doute sur ce point. Toutefois, les auteurs, pour échapper à la nécessité de reconnaître dans

1. V. MEISSEILS, cit. 525.

2. D. 41, 4, 2, §§ 8 et 9. — Cf. Rümelin, cit., p. 177, et Arno, cit. p. 584.

l'*emptio* un contrat avec soi-même, ont essayé de les interpréter dans un sens défavorable à cette institution. Les uns soutiennent, avec Mollethiel, Stintzing, Unterholzner ¹, que l'*auctio* avec soi-même donne lieu à l'*usucapio* ; mais cela prouve-t-il que la vente soit valable ? Non, disent-ils, car l'*usucapio* peut reposer sur un titre nul. Cette argumentation n'est point irréfutable, parce que l'*usucapio* exige toujours au moins une « *justa causa erroris* », comme le démontre Bonfante ², d'après Neratius, Africanus et Pomponius.

D'autres, avec Mommsen ³, Pernice ⁴, Lepa ⁵ et Bechmann ⁶, affirment que le tuteur ne se vend pas en réalité à lui-même, parce qu'il n'accomplit point le rôle d'*auctionator*.

Quand même il serait exact de prétendre qu'à partir d'une certaine époque, l'*auctionator* a pu être un étranger, l'opinion de Mommsen ne saurait être admise en notre cas, puisque le texte parlant d'un *sibi addicere* fait évidemment allusion à l'*auctio* du tuteur.

Les explications que nous venons de donner

1. V. MUSKAT, p. 536, n. 59.

2. BONFANTE, *Le signole justæ causæ usucapionis e il titolo putativo*, Turin, 94, p. 51.

3. MOMMSEN, *Die Pompeian.*, cit., V. 12, p. 91.

4. PERNICE, *Marcus Anstilius Labeo.*, V. 2, p. 216.

5. LEPA, cit., p. 249.

6. BECHMANN, *Der Kauf...*, etc. V. 2, Erlangen, p. 292.

sont confirmées par un texte relatif à la vente *sub hasta*, qui a lieu dans la *bonorum sectio*. La vente *sub hasta*, dit Cujas ¹, peut être faite au profit du tuteur : rien ne lui empêche d'acheter, parce que la vente est faite *palam et bona fide*. Cette réflexion de Cujas ne nous indique-t-elle point la voie à suivre en matière d'*emptio* ?

L'achat des biens du mandant par le mandataire est prohibé parce que l'on craint la fraude ; lorsque la fraude disparaît et que l'achat est public et de bonne foi, la prohibition disparaît elle-même. L'essence des choses permet l'accomplissement d'une *sibi emptio*.

B. La vente. — Il existe, sur la question de savoir si le mandataire peut vendre au mandant ses biens propres, deux fragments curieux de Julien et de Nératius ². Ces auteurs supposent qu'une personne donne mandat à l'un des cohéritiers d'acheter la totalité des biens héréditaires. Cela suppose que le cohéritier mandataire pourra prendre à son mandant même sa propre chose. C'est, en effet, ce que dit expressément Julien : « *Etiam pro ea parte, qua heres sit, obligatur mandati actione et obligat.* » Cette possibilité de la vente des biens du mandataire

1. CUJAS, cit., t. v, 741.

2. PAUL. (D. 17, 1, 22, § 4 : D. 17, 1, 35.) Sur ces divers textes voir : GOLDSCHMIDT, *Kollegheft*, § 137 ; — LENEL, *Paling. Juliani*, fr. 228, et LANDUCCI, *Storia del diritto romano*, 1895, p. 210.

au mandant constitue essentiellement un contrat avec soi-même. Il est vrai que l'on cherche à donner à l'opération une autre construction. Le cohéritier n'aurait pas reçu mandat de vendre au mandant sa propre part, ensemble avec les autres parts héréditaires. Il y aurait tout à la fois mandat d'acheter les parts des copropriétaires et vente par le mandataire de sa propre part, sous la condition que les copropriétaires vendront les leurs.

Certes, cette explication est un détour ingénieux pour échapper à la nécessité de reconnaître un cas de contrat avec soi-même ; mais elle ne tient pas devant la clarté des termes de Julien. Le jurisconsulte suppose, non point que l'on a donné mandat à l'un des cohéritiers d'acheter la part des autres ; mais on lui a donné mandat d'acheter la totalité des biens héréditaires ; et, lorsqu'il déclare qu'un pareil mandat peut produire effet, il en donne la raison suivante : « L'obligation du mandat peut consister même dans l'objet de celui qui a reçu ce mandat. » Peu importe, après cela, que Neratius vienne déclarer que le mandataire aura pour sa part une somme proportionnellement égale à celle que les autres ont pour les leurs, ou encore que le prix de la part du mandataire devra faire l'objet d'un arbitrage ou d'une estimation. Cela peut être une précaution

utile pour éviter la fraude et la collision des intérêts, mais cela ne prouve en aucune façon que la vente de la propre chose du mandataire ne soit un contrat avec soi-même.

Telles sont les diverses hypothèses du contrat avec soi-même que nous fournit l'examen des textes romains. A coup sûr, ces textes ne nous permettent point de décider si le droit romain admettait en thèse générale ou rejetait le contrat avec soi-même. Une seule chose demeure certaine, c'est qu'en divers cas cette institution était admise par les Romains. Il ne faut point s'étonner du reste de ce manque de principe général: les sources romaines sont comme une moisson « de cas, de réponses, de décisions « singulières; la maxime générale s'y dissimule; « la compilation justinienne est logiquement « défectueuse et incomplète »¹. Aussi ne découvre-t-on point de théorie d'ensemble sur le contrat avec soi-même en droit romain. Cette théorie se rencontre-t-elle chez les jurisconsultes italiens de la Renaissance? On a prétendu l'y rencontrer: nous devons maintenant examiner cette question.

1. À. SRAFFA. *Arch. giuri.*, t. LXI, page 353.

CHAPITRE II

DROIT ITALIEN DE LA RENAISSANCE

Les commercialistes italiens, lorsqu'ils parlent du *contratto con se medesimo* entendent-ils en construire la théorie scientifique. Les études de Rümelin ¹ et de Sraffa ² sur la matière ont conduit à une réponse négative.

D'après eux, Scaccia ³ adopte purement et simplement le principe romain. Il est difficile, dit-il, d'être dans le même temps vendeur et acheteur. Mais il admet que, dans le *cambio con ricorso*, le créancier « *gerit suam propriam personam et repræsentat etiam personam sui debitoris.* » — Pour quiconque a une idée exacte du *cambio con ricorso*, il est certain qu'il ne comporte point un contrat avec soi-même. « *Cette opération de change résulte de ce fait que le débiteur, se trouvant dans l'impossibilité d'éteindre la traite, recourt à son propre créancier, qui éteint la première lettre de*

1. RUMELIN, cit. p. 209 et ss.

2. SRAFFA, *Il contratto del commissionario con se medesimo*, Archiv. t. LXI, p. 347.

3. SCACCIA, *De commerciis et cambiis*, 7, n. 15.

« *change en se payant à soi-même au nom de son propre débiteur.* » En définitive, il n'y a là qu'une novation, laquelle ne peut se faire qu'en éteignant la première lettre de change. Dire que le débiteur recourt à son créancier pour qu'il se paye à soi-même est une expression figurée pour expliquer l'effet juridique que la pratique donne à l'opération du rechange, effet qui constitue une novation extinctive de la première lettre de change, avec la conséquence de l'extinction totale des précédents contrats, obligations, hypothèques et privilèges qui s'attachaient à celle-ci ¹.

Mais, s'il n'est pas possible de dire que le *cambio con ricorso* constitue un contrat avec soi-même, c'est néanmoins à l'occasion du contrat de change que la coutume commerciale commença à se prononcer dans le sens de la validité du contrat du commissionnaire avec soi-même.

De Turri combattit longtemps cette coutume :
« *Quatenus vero is stylus se fundaret in eo*
« *quod unus et idem ex vi mandati et tanquam*
« *procurator præcise, sub duplici formalitate*
« *personarum, vellet substantiæ contractum cam-*
« *bii, is stylus tanquam erroneus non potest,*

¹. AZUNI. Dizionario universale, etc., v. 4. v° *Ricambio*. — DE TURRI. *De camb. disput.*, 3, n° 4.

« *operando impossibile in jure, ullo modo susti-*
« *neri, sed venit omni ratione damnandus*¹. » Le
motif de la décision de de Turri est facile à deviner : « On ne peut concevoir une convention
« sans l'existence de deux consentements réci-
« proques. » — « *Quo modo potest intelligi,*
« *nedum fieri, ut meus consensus qui unus sum*
« *et idem, licet plurium personarum officium*
« *geram, sibi ipsi consentiat?* » Mais, bien que
ce soit là le principe soutenu par de Turri, il
affirme néanmoins dans le même ouvrage :
« *Si in mandato esset expressum pretium et platea*
« *pro quibus cambium celebrandum, tunc intre-*
« *pide capsorem sustinendum esse, licet a se ipso*
« *cepisset, quantumvis hæc facultas in mandato*
« *non fuisset expressa, cum tali casu nihil intersit*
« *nec interesse possit debitoris.* »

Dans cette affirmation, où tant d'autres n'ont
vu qu'une flagrante contradiction, nous trou-
vons pour la première fois manifestée cette
pensée, qui a une si grande importance en notre
matière, à savoir que le prix de la chose dont
il s'agit dans le contrat de commission, est fixé
indépendamment de la volonté du mandant.
L'opinion de de Turri nous fait entrevoir sur
quelles bases la coutume et la doctrine italiennes
ont édifié la notion du contrat du commission-
naire avec soi-même.

1 DE TURRI, *cit.*, Disput. 1. Quest. 15, n° 42.

C'est ainsi que de Luca¹, admettant la validité de la vente de ses propres marchandises faite par un commissionnaire chargé d'acheter, bien que celui-ci agisse comme « *duplex persona* », reconnaît que, si « *la determinazione del prezzo dovesse rimettersi nel mandatario* », le contrat constituerait une absurdité juridique, et, par suite, ne saurait être admissible.

Le même principe se rencontre avec une plus grande précision chez Casaregis²: il déclare que la représentation de plusieurs personnes à l'effet de contracter avec soi-même est admise dans le commerce, alors que partout ailleurs elle est prohibée. Dans le texte, il parle expressément de l'existence d'un *giusto prezzo* et d'un *prezzo corrente* comme condition essentielle à la validité du contrat avec soi-même: « *Quidquid*
« *sit de jure, specialiter inter mercatores ex*
« *eorum communi stylo et usu, recte quidem pro*
« *facilitate commercii introductum ac receptum*
« *ubique fuit, sibimet ipsis vendere res aut mer-*
« *ces ad se transmissas a suis corresponsalibus*
« *emere, quod inter mercatores dicitur fare le*
« *contazioni a se stessi, dummodo id sequetur*
« *bona fide et pro pretio currenti, quod ab aliis*

1. DE LUCA, *Theatrum veritatis*, V. VII, *De emptione et venditione*, Disc., v., n. 7-8.

2. CASAREGIS, *Discursus legales de commercio*, Disc. 120, n° 34-35.— Confer. SAVARY, *Parfait négociant*, v. II, p. 215. Paris, 1679.

« *inveniri poterat, alias transgressor tenebitur*
« *proprie actione mandati ad omne damnum et*
« *interesse* ¹. » La faculté pour le commissionnaire d'entrer dans le contrat comme contrepartie naît et se maintient dans la tradition commerciale italienne en opposition au droit commun, par suite des exigences de la pratique. La fixation d'un prix courant permet d'éliminer l'objection d'ordre économique et moral, la collision des intérêts ².

Mais il ne faut pas chercher dans les anciens commercialistes italiens l'embryon d'une théorie scientifique sur la matière : le principe, c'est que, pour que soit valable l'entrée du commissionnaire dans le contrat, il est nécessaire que l'on traite sur les marchandises ayant un prix courant. Ce principe n'offre pas un criterium scientifique de juristes informés, mais découle de la pratique, comme une limite reconnue nécessaire et suffisante à la sauvegarde des intérêts du commettant et du commissionnaire.

1. CASAREGIS, *cit.*

2. A la différence du droit romain et des juristes italiens les canonistes prohibent formellement le contrat avec soi-même : « *Illud autem nolumus vos ignorare quod, postquam « idem » M. fuit abbas effectus, prædictam custodiam de jure non potuit obtinere, quia, quum ratione abbatiæ ad ipsum pertineat donatio tam custodiæ quam aliarum dignitatum ac etiam præbendarum in ecclesia Patranensi, custodiam ipsam recipere non poterit a se ipso, quum inter dantem et accipientem debeat esse distinctio personalis* ». (Cap. 7, X III, 7.) — Vid. COGLIOLO *op. cit.* édit. 1890 p. 147, t. I^{er}.

Quoi qu'il en soit, le contrat avec soi-même a été reconnu par les auteurs italiens de la Renaissance. Qu'ils n'en aient point entrevu les conséquences ni les principes fondamentaux, cela est possible ; il n'en est pas moins vrai qu'ils l'ont consacré, et ont, les premiers, découvert son véritable nom. C'est Casarégis qui a, avant tous les autres, parlé d'une *contazione a se stesso*.



LIVRE II

Le droit moderne

EXPOSÉ DE LA QUESTION

Le contrat avec soi-même présente, nous l'avons vu, l'aspect d'une institution en parfaite harmonie avec les principes généraux du droit et de la métaphysique juridique. Cette concordance a permis, nous l'avons également constaté, aux jurisconsultes romains et italiens de la Renaissance d'admettre la possibilité du contrat avec soi-même en de nombreuses hypothèses.

Le caractère et le passé de l'institution doivent *a priori* nous inciter à croire que le droit moderne ne la réprouve point entièrement en ses règles positives.

Toutefois, la pensée du législateur moderne à l'égard du contrat avec soi-même ne se découvre point nettement au premier abord ;

nielle formule d'ensemble qui l'admette ou le rejette ne se rencontre dans les textes.

Il ne faudrait point, en effet, se laisser prendre à la formule du code civil allemand, qui semble avoir tranché par la négative la question de la possibilité du contrat avec soi-même : « *Aucun représentant ne peut, au nom du « représenté, conclure un acte avec lui-même, à « moins que cet acte ne consiste dans l'exécution « d'une dette* »¹, parce que cette formule, quelque générale qu'elle paraisse, fléchit en de nombreuses hypothèses, souffre des exceptions notables, particulièrement en ce qui a trait au *Selbsteintritt* du commissionnaire². Il est rigoureusement vrai de dire que, si l'on cherchait à découvrir dans l'immense arsenal des lois modernes une règle universelle sur notre matière, la recherche serait infructueuse et vaine : la tactique adoptée par le législateur a été la plus complète réserve, le silence le plus absolu³.

Comment interpréter ce silence ?

Au fond, les législateurs modernes sont-ils pour le rejet ou, au contraire, pour l'admissibilité du contrat avec soi-même ? La logique nous contraint à soutenir que le silence du législateur

1. Cod. civ. all., § 373.

2. Voyez sur ce point Thaller, n. dans Dalloz, 1898, 1. 65.

3. Conf., en ce qui concerne cette dernière affirmation, Carlo Arno, *Archiv. Jurid.*, t. xxvii, p. 411.

doit s'interpréter dans le sens favorable. Ne point interdire positivement équivaut à reconnaître tacitement ; et, du moment que la conformité du contrat avec soi-même avec les principes généraux du droit est établie, et qu'il cadre à merveille avec l'ensemble de la législation, rien ne s'oppose à son admissibilité. Il est possible d'utiliser, dans la pratique, cet instrument juridiquement parfait ; en d'autres termes, l'on ne voit point pourquoi l'on ne pourrait faire descendre le contrat avec soi-même du domaine métaphysique, où nous l'avons primitivement étudié, dans la région des faits juridiques positifs.

Mais à ce raisonnement logiquement irréfutable se présente une sérieuse objection : « Il est certain, sans doute, que le contrat avec soi-même n'est point réprouvé dans toutes ses manifestations possibles par le législateur, en ce sens qu'aucun texte ne dit : *« Il est interdit de contracter avec soi-même. »*

Mais il n'en est pas moins vrai que, si la prohibition générale n'existe point, il se rencontre çà et là, dans les textes, des prohibitions particulières, relatives à des hypothèses certaines de contrat avec soi-même. Ces prohibitions ne sont-elles point les échos d'une défense générale inexprimée, mais sous-entendue par le législateur ? Ne peut-on point conclure

de cas singuliers à une règle d'ensemble ? Prohibant le contrat avec soi-même dans quelques-unes de ses manifestations, le législateur n'a-t-il pas voulu en exclure jusqu'à l'idée même ?

Cette argumentation est fort spécieuse ; on n'y répondrait point en se contentant d'opposer la formule connue : « *Qui dicit de uno de altero negat* ». Cet axiome est sans doute rigoureusement vrai, mais il est applicable seulement entre hypothèses différentes, la différence fût-elle uniquement de nuance ; il cesse de produire son effet en face d'hypothèses identiques et tellement voisines, que ce qui vaut pour l'une vaut nécessairement pour l'autre, sans qu'apparemment aucune raison n'existe de distinguer. Si donc l'on prouvait que, dans un cas déterminé le législateur prohibe le contrat avec soi-même comme tel, c'est-à-dire à raison de son caractère spécifique, en tant qu'acte bilatéral dont la création est due à une volonté unique, cela suffirait : la preuve vaudrait pour toutes les autres hypothèses. On aurait démontré que le législateur réprouve l'idée même de contrat avec soi-même, et interdit cet acte en quelque circonstance que ce soit.

Mais cette preuve n'est pas possible : on n'arrive point à démontrer que, dans les cas particuliers où la loi refuse d'admettre le

contrat avec soi-même, elle le fait en raison de sa nature propre. La prohibition ne tient point à une cause profonde, essentielle, inséparable du concept du contrat avec soi-même. Ce qui frappe le législateur, ce n'est point l'aspect singulier que revêt l'institution; il n'a point pour but, lorsqu'il la réprouve, d'empêcher une même personne de joindre dans une convention les deux tenants extrêmes, de donner le double consentement nécessaire, de confondre deux rôles opposés. — Mais il est hanté par la crainte d'un conflit d'intérêts, qui, dans les hypothèses qu'il examine, résulte nécessairement du contrat avec soi-même.

Il nous sera facile d'établir le bien fondé de cette affirmation, en nous en tenant principalement aux textes français dans lesquels apparaît la défense de contracter avec soi-même.

Les textes que l'on a relevés en cette matière sont : les art. 420, 450, 472, 1596 du Code civil, l'art. 40 de la loi de 1867 sur les sociétés anonymes et l'article 43 du décret du 7 octobre 1890. Nous allons examiner brièvement, et seulement au point de vue qui nous occupe, ces différents textes.

Écartons d'abord les articles 420 et 472, sur lesquels nous n'avons pas besoin de nous

attarder. Il est évident que l'article 420, exigeant la nomination d'un subrogé tuteur, est inspiré par la crainte d'une collision d'intérêts, puisque, d'après ses termes mêmes, le subrogé tuteur a pour mission de représenter le mineur dans les cas où ses intérêts sont opposés à ceux du tuteur. Quant aux dispositions de l'article 472, qui défend au tuteur de passer des traités avec le mineur devenu majeur, avant la reddition du compte de tutelle, il est également manifeste qu'il a été édicté dans le but de prévenir les fraudes que le tuteur pourrait commettre aux dépens du pupille : « *C'est une mesure de défiance contre les tuteurs de mauvaise foi* ¹. »

La collision des intérêts, qui est, de toute évidence, l'idée directrice des articles 420 et 472, nous paraît aussi avoir guidé le législateur dans la rédaction des articles 1596 et 450 ².

A eux seuls, les travaux préparatoires en seraient une preuve suffisante. Selon le tribun Faure, lorsque le Code civil interdit au tuteur

1. LAURENT, *Princip.*, V. S. 1871, n° 12, p. 18. — F. BIANCHI, *Corso elementare di cod. civ. it.*, V. S., Parma, 1878, p. 748 sgg. — Carlo ARNO dit, sous les art. 285 et 286 du Code civ. it., correspondant à l'art. 472 : « La sola ragione di loro esistenza consiste nelle necessità di prevenire gelosamente le frodi, che il tutore potrebbe commettere a danno del tutelato. »

2. Elle l'a guidé également dans la rédaction de l'article 40 de la loi de 1867 sur les sociétés, comme nous le verrons plus tard.

d'acheter les biens du mineur, et lorsqu'il étend cette prohibition aux mandataires pour les biens qu'ils sont chargés de vendre, aux administrateurs pour les biens des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins, aux officiers publics pour les biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère, « *il ne*
« *veut point mettre l'intérêt personnel aux prises*
« *avec le devoir. Rien n'est plus honorable que les*
« *motifs de cette disposition. Le tuteur qui vend*
« *les biens de son pupille, le mandataire qui vend*
« *ceux de ses commettants ; en un mot, les divers*
« *agents qui vendent pour le compte d'autrui*
« *doivent, par devoir, faire en sorte d'obtenir le*
« *plus haut prix possible, puisque c'est le plus*
« *grand avantage de ceux qu'ils représentent.*
« *S'il leur était permis de se rendre adjudicataires,*
« *leur propre intérêt les inviterait à vendre au*
« *plus bas prix. Cet inconvénient disparaît au*
« *moyen de la prohibition : elle ne peut être désa-*
« *gréable aux hommes délicats. Quant à ceux à*
« *qui elle déplairait, leurs regrets serviraient*
« *d'autant plus à la justifier*¹.

1. FENET, XIV, p. 155-156.

Voyez en outre : Consiglio di stato, 12 Gennaio 1894, in *Rivista amministrativa*, Torino, 1894, p. 345, et la sentence de la Cour de Florence, 14 août 1824, SRAFFA, p. 109 : « ... ognuno facilmente apprende che l'interesse del compratore sta in collisione con quello del venditore, e non può una sola persona prestare il duplice consenso necessario a stabilire il prezzo della cosa, onde porre in essere il contratto di compra-vendita.

De l'aveu même des rédacteurs du Code, la raison de la prohibition par eux édictée est la crainte de la collision d'intérêts; mais il serait peu juste d'abuser de cet aveu. Il est, en effet, possible que les rédacteurs aient été frappés de l'inconvénient pratique résultant du contrat d'achat avec soi-même; mais cela ne prouve point qu'en l'interdisant, ils n'aient point voulu consacrer, dans un cas particulier, la prohibition générale du contrat avec soi-même. Il reste à démontrer que les dispositions mêmes de l'article 1596 et par là de l'article 450, qui en consacrent seulement un cas particulier, gravitent autour de l'idée de la collision des intérêts, et s'expliquent uniquement par cette considération. Or, si dans les articles précités se trouvait consacrée une impossibilité de contracter avec soi-même tenant à la nature des choses, au caractère spécifique du contrat avec soi-même, en premier lieu, l'impossibilité existerait seulement au cas où existe le contrat avec soi-même. En second lieu, la règle, reposant sur une raison d'ordre métaphysique, ne comporterait pas d'exception. En troisième lieu, enfin, au cas où elle se trouverait transgressée, la nullité qui en résulterait serait une nullité tenant à l'inexistence du contrat.

Ce sont précisément les conséquences opposées que la loi elle-même, la doctrine et la

jurisprudence ont tirées des articles ci-dessus.

1° Les tuteurs, mandataires et administrateurs, non seulement ne peuvent acheter les biens qu'ils sont chargés de vendre lorsqu'ils figurent personnellement au contrat ; mais encore il leur est interdit de les acheter par personnes interposées ¹.

Comment s'explique cette prohibition ? Il est impossible de la justifier en vertu de l'interdiction générale de contracter avec soi-même ; seule, la crainte d'une collision d'intérêts en donne une raison suffisante.

2° La doctrine admet que les règles édictées par les articles 450 et 1596 souffrent exception.

Le tuteur peut se rendre adjudicataire des biens dont il serait copropriétaire par indivis avec son pupille : la raison que l'on donne pour faire fléchir en cette hypothèse la règle prohibitive, est sans doute que les articles 450 et 1596 ne parlent que des biens des mineurs, et ne sont point littéralement applicables à cette hypothèse. Mais il existe encore un autre motif précieux de cette exception, et ce motif, c'est précisément l'absence d'une contradiction d'in-

1. Article 1596. Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes ni par personnes interposées : les tuteurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle ; les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre ; les administrateurs, de ceux des communes ou des établissements confiés à leurs soins ; les officiers publics, des biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère. »

térêts. « *Il n'y a plus, dit M. Guillouard, contra-
« diction d'intérêts entre le tuteur et le mineur,
« mais similitude d'intérêts, l'un et l'autre étant
« intéressés à ce que les biens mis en vente attei-
« gnent la plus haute valeur qu'ils puissent obte-
« nir*¹. » L'exception ne se limite pas au cas
d'indivision ; elle s'applique encore dans l'hypo-
thèse où le tuteur a l'usufruit des biens vendus,
et le pupille la nue propriété. Dans cette circon-
stance encore, le tuteur peut acheter le bien qu'il
est chargé de vendre. Pourquoi ? Est-ce parce
qu'il n'accomplit pas, dans cette opération, un
contrat avec soi-même ? Non, mais tout simple-
ment parce que, là encore, son intérêt est le même
que celui de son pupille².

D'autres exceptions caractéristiques sont
consacrées, non plus par la doctrine ou la juris-
prudence françaises, mais se trouvent édictées
par des lois étrangères qui contiennent des
prohibitions analogues à celles de nos articles
450 et 1596. C'est ainsi qu'à propos de l'incapacité des administrateurs, le code des Pays-Bas
et le code italien renferment les dispositions
suivantes :

1. GUILLOUARD, *De la vente*, t. 1^{er}, p. 140, nos 120 et ss. — Montpellier, 10 juin 1862 (S., 62, II, 401, et Dalloz, 63, II, 30). — Paris 14 août 1866 (S., 67, II, 312, et D., 67, II, 120). — DEMOLOMBE, *Cours de Code civ.*, VII. n° 754. — AUBRY et RAU, IV, § 351, texte et note 9, p. 347.

2. Paris, 12 avril 1856 (S., 56, II, 406). — Montpellier, 10 juin 1862 (D., 63, II, 30). — AUBRY et RAU, IV, § 351. — LAURENT, XXIV, n° 46.

« Code néerlandais. Art. 1506. — *Il est néanmoins loisible au Roi d'accorder aux administrateurs et officiers publics dispense de la prohibition contenue au présent article.*

Article 1457 Cod. civ. italien :

. . . . « *A moins que, pour des circonstances particulières, il ne soit autorisé, dans l'acte qui permet la vente, à concourir aux enchères*¹. »

Ces dispositions, que M. Guillouard juge excellentes, sont incompatibles avec la règle, si elle a pour base l'impossibilité juridique et naturelle de contracter avec soi-même. Elles s'expliquent, au contraire, si son fondement est une considération d'équité, parce qu'il peut se faire que l'acquéreur qui donnera de l'immeuble mis en vente le prix le plus élevé, le seul peut-être qui en donnera un prix élevé, soit le maître ou l'administrateur de l'établissement public.

3° Ce qui précède nous a déjà suffisamment édifié sur le vrai motif des prohibitions édictées par les articles 450 et 1596; mais voici un nouvel argument qui vient à l'appui de nos affirmations : la nullité que prononcent ces articles est une nullité relative; elle ne peut

1. Vid.: GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 146; — Cod. néerlandais, traduction Tripels; — Cod. civ. it., trad. Orsier. 1866, II, p. 309.

être proposée que par le propriétaire ou ses ayants cause, et ne peut l'être par l'acquéreur. Pourquoi ?

Parce qu'elle est établie dans l'intérêt du propriétaire et contre *les incapables*, que la loi soupçonne ou qu'elle veut mettre à l'abri du soupçon ¹.

La conclusion que nous devons tirer est donc la suivante : la loi n'interdit point au représentant l'achat des biens du représenté en vertu d'une règle d'ensemble, et parce que ce contrat est impossible en raison même de la nature des choses.

Son motif, loin d'être d'ordre métaphysique, est puisé dans les considérations de la pratique : éviter la collision des intérêts, tel est son but.

Mais la crainte de la collision des intérêts est, nous l'avons vu, une idée, pour ainsi parler, contingente, qui ne s'attache point au concept du contrat avec soi-même comme l'ombre suit le corps, et qui peut facilement y faire défaut.

1. Bordeaux, 21 fév. 1829 (S. c. n. ix, II, 216). — TROPLONG, I, n. 193-194. — AUBRY et RAU, t. IV., § 351, texte et note 349. — GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, v. IV, n° 24. — PESCATORE, *Commenti all. art. 1459, c. civ. it.* nel *Giornale delle leggi*, Genova 1874. — « L'art. 1457 non fulmina, dit Giorgi, la nullità assoluta dei contratti che si stipulino in onta a questa proibizione. » — Voyez les art. corresp. à nos art. 450 et 4596 : c. civ. it. 457 ; cod. civ. esp. 1459 ; portugais, 1562 ; hollandais, 1506 ; néerlandais, 1506. — Cf. SEUFFRET, *Archiv. für Entscheidungen der obersten Gerichte in dem deutschen Staaten*, vol. XVIII (München 1865), p. 222, p. 349 et ss.

S'il est possible de concevoir des cas où la collision d'intérêts ne se rencontre point, il s'ensuit que la possibilité du contrat avec soi-même est sous-entendue par la loi.

La règle générale sera donc *a priori* l'admissibilité du contrat avec soi-même, et les prohibitions édictées par la loi apparaîtront comme l'exception.

Au fond, la loi française, disons mieux, les lois modernes semblent présupposer l'existence du contrat avec soi-même, et l'interdire seulement dans certains cas, en raison des inconvénients pratiques qu'il y peut présenter.

Nous ne serons donc pas arrêté au seuil de notre étude par une entrave générale : la carrière demeure ouverte, et le problème du contrat avec soi-même se pose en droit moderne comme il se posait en droit ancien.

A vrai dire, il s'y est singulièrement élargi, tandis qu'en droit romain, la question se restreignait aux limites du droit civil, se posait dans les rapports du tuteur et du pupille pour s'étendre ensuite, par voie d'analogie, aux autres hypothèses peu nombreuses de représentation.

Aujourd'hui, il se présente dans les manifestations multiples de la vie juridique moderne.

Infiniment plus intense que la vie juridique des anciens, la nôtre a donné naissance à deux

grands courants distincts, de même qu'à deux grandes catégories de phénomènes :

Les phénomènes juridiques de la vie civile, dont l'essence est la pondération et la lenteur ; ceux de la vie commerciale, qui se caractérisent par le mouvement rapide et l'incessante activité.

Sous l'influence de ces courants divers, la notion de représentation, primitivement vague et imprécise, s'est épurée en même temps que diversifiée.

Enfin, grâce encore au développement incessant de la vie juridique, ont apparu et se sont développées, à côté des personnes physiques, les personnes morales, qui, comme les sociétés commerciales par exemple, ont pris une place notable dans notre droit moderne.

Tout naturellement, le problème du contrat avec soi-même s'est amplifié au fur et à mesure de la croissance de la vie juridique.

Il a brisé ses anciens cadres, et ce n'est plus seulement les limites du droit civil qui peuvent le contenir ; il est apparu dans le droit commercial. A côté du contrat avec soi-même du mandataire, nous avons désormais le contrat avec soi-même du commissionnaire. Ce n'est pas tout : le problème a surgi également dans l'ordre des personnes morales, relativement aux contrats passés par les représentants des sociétés commerciales.

De nos jours, le problème se pose :

1° Dans le domaine de la représentation directe ;

2° Dans le domaine de la représentation indirecte.

Le mandat est le prototype de la représentation directe ; la commission, celui de la représentation indirecte. Nous étudierons successivement :

1° Le contrat avec soi-même du mandataire ;

2° Le contrat avec soi-même du commissionnaire.



TITRE I^{er}

Le contrat avec soi-même dans le domaine de la représentation directe '

Le mandataire peut représenter une personne physique; il peut représenter également une personne morale.

Il est donc nécessaire d'étudier, dans deux chapitres distincts :

1° Le contrat avec soi-même du mandataire d'une personne physique ;

2° Le contrat avec soi-même du mandataire d'une personne morale.

CHAPITRE I^{er}

MANDATAIRE D'UNE PERSONNE PHYSIQUE

Le mandataire peut-il contracter avec soi-même ? La question comporte deux faces :

1° Le mandataire peut-il s'établir contrepartie de son mandant ?

2° Le mandataire de deux ou plusieurs personnes peut-il faire contracter ces personnes entre elles ?

Dans deux sections différentes, nous examinerons ces deux faces du problème.

Nous commencerons par la seconde, qui souffre le moins de difficultés.

SECTION I^{re}

Le mandataire de deux ou de plusieurs personnes peut-il faire contracter ces personnes entre elles ?

Considérons d'abord, en ce qui concerne le mandataire, le cas où le représentant de deux personnes ou de deux groupes accomplit un contrat entre les représentés ; aussi bien est-ce

l'hypothèse la plus facile et celle qui demande le moins long examen ¹.

La question, dans toute son étendue, se pose ainsi :

La même personne peut-elle représenter dans la même affaire, non seulement plusieurs parties, mais même toutes les parties ?

Un premier point est hors de doute : un mandataire peut certainement représenter, dans la même affaire, plusieurs personnes ayant des intérêts analogues, par exemple, plusieurs copropriétaires, plusieurs coacquéreurs ; l'article 2002 prévoit le cas où un mandataire a été constitué par plusieurs mandants pour une affaire commune.

L'on remarque toutefois que, pour les assemblées de famille, le fondé de pouvoir qui représente un parent ou un allié ne peut en représenter plusieurs ; mais, cette exception mise à part, le mandataire peut représenter plusieurs personnes ayant des intérêts analogues.

Rien ne s'oppose non plus à ce qu'il représente plusieurs personnes ayant des intérêts distincts, mais non opposés.

1. Qui per altro converrebbe distinguere : o si considera il *Selbst-contrahiren* allorchè taluno, nella sua qualità di rappresentante, contrae con sè stesso quale privata persona, o lo si considera allorchè una persona rappresentante di due altre compie da sola un contratto tra le due persone rappresentate. Nel secondo caso, l'ammissibilità viene riconosciuta molto più facilmente.

Qui verrait le moindre inconvénient à ce que, dans le partage d'une chose indivise, le même mandataire représentât plusieurs copartageants?

Mais, précisément, le point délicat est de savoir si, dans un acte où les intérêts divers sont en présence sans être précisément pour cela en lutte comme dans le contrat, il est possible au mandataire de représenter ces intérêts distincts.

Pour préciser la question, prenons le cas de la vente : le même mandataire peut-il à la fois représenter le vendeur et l'acheteur ?

Il le peut sans doute lorsque les deux parties se sont mises d'accord sur les conditions de la vente et sur le prix, et qu'il reste seulement à passer l'acte ou à transformer en acte public l'acte sous seing privé déjà intervenu ; dans ce cas, il ne contracte pas réellement la vente, mais plutôt il la constate et la parachève.

Mais, s'il prend la vente dès le début, s'il en fixe les conditions et le prix, le contrat qu'il passe est-il valable ?

Duranton ¹ le soutient :

« Nous disons, il est vrai, qu'un mandataire
« ne peut acheter les biens qu'il est chargé de
« vendre, parce qu'il répugne à la nature du

1. DURANTON, cité *infra*.

« *contrat qu'une personne soit en même temps, et*
« *dans son intérêt, vendeur et acheteur ; mais*
« *toutefois, rien n'empêche qu'une personne reçoive*
« *de divers individus mandat de vendre et d'a-*
« *cheter la même chose. »* C'est cette opinion
qu'adopte la jurisprudence : deux mandats non
incompatibles peuvent se cumuler. Ce serait
pousser trop loin la sévérité que de prétendre
qu'ils ne peuvent être réunis. A coup sûr, la
réunion sur une même tête des qualités dis-
tinctes d'acheteur et de vendeur peut avoir des
conséquences regrettables ; la loi n'en a cepen-
dant point fait une cause nécessaire et spéciale
de nullité du contrat. Pour que le contrat fût
annulé, il faudrait qu'il y eût preuve de dol, de
fraude ou de collusion.

Malgré le dissentiment de quelques auteurs,
la doctrine de la Cour de cassation nous paraît
excellente.

La collision des intérêts, voilà le vrai motif
de la prohibition du contrat avec soi-même dans
quelques cas isolés. Dans notre hypothèse, cette
collision n'apparaît point comme nécessaire.
Si pourtant elle se produit, elle aura pour cause
la fraude ou le dol du contractant ; mais ni le dol
ni la fraude ne se présument, et, pour faire annu-
ler le contrat, il est nécessaire qu'on en fasse la
preuve. Cette théorie est essentiellement confor-
me aux plus incontestables principes du droit.

En résumé, il est possible que le mandataire tienne la balance égale entre ses deux mandants, et serve loyalement leurs intérêts divers.

Cela suffit à faire admettre la possibilité du contrat avec soi-même dans cette hypothèse.

Cependant, il ne faudrait point exagérer.

Lorsque les intérêts divers sont, non seulement en présence, mais en lutte, en d'autres termes, lorsque l'on aborde le domaine litigieux, la représentation d'intérêts opposés par un même mandataire nous paraît impossible.

C'est ainsi qu'une transaction ne pourrait être conclue par une personne qui aurait en même temps la procuration des deux parties¹, puisque la transaction a pour but de terminer une contestation née ou à naître, et qu'il n'est point admissible que la même personne puisse se trouver à la fois l'arbitre des deux combattants, et tenir la balance égale entre des intérêts aussi contraires.

Telles sont, rapidement résumées, les solutions que comporte la question de savoir si le même mandataire peut, dans un même acte, représenter les deux parties en présence.

Nous retrouverons ce problème à propos du commissionnaire et des représentants des

1. Sur toutes ces questions, consulter Huc, t. x. *Traité théorique et pratique de droit civil*. M. Huc est l'unique auteur qui se soit préoccupé de la question.

sociétés : il est inutile d'y insister davantage quant à présent ¹.

SECTION II

Le mandataire peut-il s'établir contre-partie de son mandant ?

Plus délicat est le point de savoir si le mandataire peut s'approprier le contrat qu'il passe au nom du mandant.

La question ne nous est pas tout à fait inconnue, puisque nous avons déjà rencontré sur notre passage les art. 450 et 1596 ; mais nous n'en avons toutefois qu'une notion imprécise et qu'il nous faut compléter.

1^o Il convient tout d'abord d'éliminer le cas du tuteur, mandataire légal du mineur. En ce qui le concerne, il est bien certain qu'il ne peut contracter avec soi-même, puisque l'art. 450 lui interdit de représenter le mineur dans les actes où leurs intérêts se trouvent en opposition.

Malgré tout, de nombreux auteurs et de nombreux arrêts se demandent s'il ne faut point faire exception, même en ce qui concerne le

¹ Cass., 11 avril 1860 (S., 60, 4, 316), intervenu en matière d'assurance. EMERIGON, *Assur.*, chap. v, section 9. — Bordeaux, 18 juillet 1848 (S., 48, II, 326). — CARLO ARNO, *Arch. giur.*, t. 57, p. 410. — BEKKER, *System des heut. Pandektenr.*, v. 1, cité p. 271.

tuteur, relativement aux actes qui s'analysent dans l'exécution d'une dette.

Le tuteur, dit-on généralement, peut se payer lui-même lorsqu'il est créancier du pupille, et doit exiger le paiement de lui-même lorsqu'il est son débiteur.

La proposition, en ces termes, est peut-être un peu absolue : l'obligation pour le tuteur de se payer à lui-même existe, sans contestation possible, au cas où il trouve dans le patrimoine du mineur des fonds suffisants ; mais elle semble bien ne point s'imposer lorsque, pour réunir ces fonds, il serait nécessaire au tuteur de vendre les biens du mineur avec autorisation du conseil de famille.

D'un autre côté, le tuteur peut se payer des avances par lui faites lorsque ces avances sont étrangères à sa gestion ; au cas contraire, il doit attendre la reddition du compte de tutelle.

Mais, par contre, au cas où le tuteur est débiteur du mineur, rien ne saurait le dispenser d'*exigere a se*. Il peut même s'acquitter envers son pupille d'une dette hypothécaire et s'en donner mainlevée ¹.

1: LAURENT, v. 5, p. 64. — Toulouse, 21 juin 1832 (D., J. G., *Minorité*). — DEMOLOMBE, t. VII, II, 656. — AUBRY et RAU, t. 1^{er}, 5^e édition, § 113, p. 715. — DEFREMINVILLE, *Minorité*, t. 1^{er}, n° 206. — Appello Torino, 31, Luglio, 1866, in *Giurisprud. Torinese*, anno III, p. 446. — Cfr. DERNBURG, *Das Vormundschaftsrecht der preussischen Monarchie nach der Vormundsch.*, etc., ed. Max Schultzenstein. (Berlin et Leipzig, 1886), § 78, p. 316 et ss.

A part le *sibi solvere*, aucun contrat du tuteur avec soi-même n'est possible. En ce qui le concerne, la conclusion adoptée par le Code civ. est vraiment nette, et ne peut donner lieu à difficultés ; il n'en est point de même en ce qui concerne les autres mandataires.

2° Sans doute, il serait peu logique de nier, en ce qui les concerne, la possibilité du *sibi solvere*.

Si le tuteur, mandataire légal, peut se payer à soi-même et exiger de lui-même, à plus forte raison en est-il ainsi des autres mandataires.

De nombreux arrêts et de nombreux auteurs l'attestent pour l'un d'entre eux, l'héritier bénéficiaire. Ce dernier peut se payer à lui-même, à condition que le paiement accompli soit effectif, c'est-à-dire que ses créances soient réellement retirées de la masse successorale ; il peut aussi compenser ses créances sur la succession avec ses dettes envers elle ¹.

En outre, certaines décisions de jurisprudence conduisent à penser que les tribunaux ont appliqué aux mandataires véritables les principes si *solidement affermis pour le cas de l'héritier bénéficiaire*.

2. Cass., 10 juillet 1844 (S. 44, 1, 593). — Cass., 27 juillet 1853 (S. 53, 1, 726). — Cass., 23 juin 1856 (S. 56, 1, 797). — Pau, 23 janvier 1888 (D. 90, II, 150). — AUBRY et RAU, 6, p. 459, § 1618, n. 60. — DEMOLOMBE, XV. n° 327. — *Contra* : LAURENT, X, n° 179. — V. cependant Caen, 10 mars 1884 (D. 85, 2, 9).

Un arrêt de cassation du 25 novembre 1858 a décidé que le mandataire dont les avances sont, aux termes de l'art. 200 du Cod. civ., productives d'intérêts à partir du jour où elles ont eu lieu, est admis à imputer, sur ses intérêts d'abord et sur le capital ensuite, c'est-à-dire à compenser par *échelettes*, les sommes par lui reçues pour le compte de son mandant, au fur et à mesure des recouvrements qu'il en a faits. Vainement dirait-on que la balance des sommes respectivement dues par le mandant et par le mandataire ne doit être établie qu'à la fin du compte ¹.

Il n'est pas besoin d'insister davantage pour démontrer que le *sibi solvere* est permis au mandataire.

En réalité, cet acte ne peut donner lieu à collision d'intérêts, et, loin d'être nuisible à quelqu'un, il profite à tout le monde. La loi n'avait donc aucune raison de l'empêcher; elle ne l'a point fait.

C'est un premier point acquis; il en est un second, la prohibition de l'achat pour soi-même.

Nous en connaissons la raison; nous n'y reviendrons pas. Nous savons également que la défense s'applique, non seulement à la vente aux enchères, comme pourrait le faire croire le

1. DALLOZ, 59, 1, 134.

terme « adjudicataire » employé par la loi, mais à toute vente, même amiable ¹.

Nous avons étudié également les diverses exceptions que peut comporter le principe; nous n'avons pas besoin de les indiquer à nouveau.

Remarquons seulement que l'art. 1596, parlant du mandataire chargé de vendre, ne s'applique point au mandataire chargé seulement de gérer ou d'administrer des biens : *un tel mandataire peut, sans aucun doute, se rendre acquéreur des biens du mandant.*

Ajoutons aussi que l'héritier bénéficiaire échappe à la prohibition générale : c'est cependant un mandataire, puisque la loi le charge de réaliser l'actif de la succession et d'en rendre compte aux créanciers.

En bonne logique, il devrait donc tomber sous le coup de la prohibition légale; mais la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour l'y soustraire, et les motifs qu'elles donnent de cette exception sont une preuve de plus à l'affirmation que nous avons maintes fois répétée :
« *Le contrat avec soi-même ne rencontre, dans la loi positive, aucun obstacle tenant à la nature des choses, mais est seulement prohibé par crainte de la collision des intérêts* ². »

1. C'est du moins l'opinion générale de MM. Aubry et Rau.

2. POTHIER, *des Succ.*, chap. III, sect. III, art. 2, § 1. — MERLIN, *Quest. de dr.*, prop. v. § 2, n° 5. (La très intéressante constatation

Nous connaissons donc déjà d'une façon certaine deux solutions opposées : d'une part, la possibilité du *sibi solvere* et, d'autre part, l'impossibilité d'acheter de soi-même.

Que faut-il décider à l'égard des autres contrats ?

L'article 1596 étant exceptionnel, le principe qui s'impose dans tous les cas non prévus par cet article, c'est la possibilité pour le mandataire de se constituer cocontractant de son mandant.

Mais, bien que ce principe nous paraisse certain, il nous est permis d'hésiter relativement à l'acte correspondant à l'achat, à la vente.

Si le mandataire ne peut acheter les biens de son mandant, peut-il lui vendre ses propres biens ?

Rien dans la loi ne prohibe une telle opération. Toutefois, cette hypothèse est si voisine de celle prévue par l'art. 1596, le danger qu'elle peut comporter est tellement semblable à celui

relative à la succession Créqui.) — DEMOLOMME, t. xv, indique parfaitement, à propos de l'héritier bénéficiaire, la construction du contrat avec soi-même : « Objectera-t-on que l'héritier se trouvera tout à la fois jouer les deux rôles de vendeur et d'acheteur ? Il est vrai, mais c'est qu'il a en lui deux qualités ou plutôt même deux personnalités : il est vendeur en sa qualité d'héritier bénéficiaire, mais il peut être acheteur en sa qualité de tiers, conservant à ce titre son individualité distincte et son patrimoine personnel séparé du patrimoine de la succession. »

que cet article a pour but d'éviter, que la doctrine et la jurisprudence s'accordent généralement pour assimiler le cas de la vente des biens du mandataire au mandant à celui de l'achat des biens du mandant par le mandataire.

Nous avouons que nous ne savons quel parti prendre dans cette hypothèse.

Est-ce l'argument d'analogie qui doit l'emporter ; doit-on au contraire s'en tenir rigoureusement à la règle ? Les exceptions étant de droit étroit, la réponse est fort délicate ; nous hésitons à en donner une positive ¹.

Mais l'hésitation n'est plus possible en dehors de l'hypothèse de la vente ; et, relativement à tous les autres contrats, nous affirmons que le mandataire peut en principe être contre-partie de son mandant.

L'on ne peut opposer à notre affirmation l'art. 1596, qui est exceptionnel ; on ne trouve d'ailleurs, dans la loi, aucune règle prohibitive :

1. Les auteurs assimilent généralement, au point de vue de la prohibition du contrat avec soi-même, l'hypothèse de la vente à l'hypothèse de l'achat. La raison qu'ils donnent n'est point fondée. L'achat de la propre chose du mandataire ne peut être la matière du contrat du mandat ; car le mandataire jouerait à la fois le rôle d'acheteur et de vendeur, le rôle de vendeur comme maître de la chose, le rôle d'acheteur puisqu'il représenterait celui-ci dans l'opération : si une personne ne peut acheter sa propre chose, « *sua rei emptio non valet*. » — V. DURANTON cit. p. D., *J. G.*, *Mandat*, n° 39.

Par exception, les auteurs reconnaissent que l'on peut donner mandat à une personne d'acheter, dans une chose commune, sa propre part. — V. DURANTON, *loc. cit.*

reste à savoir si le système par nous adopté est compatible avec le concept du mandat dans le droit français moderne.

Les adversaires de notre théorie se sont placés sur ce terrain, et ont soutenu que la contre-partie du mandataire ne pouvait être admise, parce qu'elle ne concorde point avec les principes généraux du mandat.

A. — Tout d'abord, dit-on, l'admissibilité de la contre-partie est en opposition avec l'intention du mandant. Le mandant n'entend point contracter avec le mandataire ; à ses yeux, le mandataire est seulement un intermédiaire chargé de lui choisir un cocontractant. Si, au lieu de se borner à son rôle normal, le mandataire s'institue contre-partie de son mandant, il ne répond point aux intentions de ce dernier.

Cette manière de voir n'est pas exacte. En dehors du cas où le mandant individualise, pour ainsi dire, l'opération en désignant soit l'individu avec lequel le mandataire devra contracter, soit l'objet sur lequel il devra porter ses vues, le but du mandataire paraît être le suivant : obtenir un prêt de tel montant, louer ses immeubles tel prix, etc.... Peu lui importe la personne de son cocontractant ; pourvu que son patrimoine s'enrichisse d'une valeur active, il lui est indifférent qu'elle vienne de telle ou telle source.

A la vérité, dans la plupart des cas, le mandat met en présence trois personnes : le mandant, le mandataire, le tiers.

Mais ce phénomène, qui est habituel, n'est nullement essentiel à l'idée de mandat.

Le mandat consiste dans le fait « qu'une
« personne donne à une autre le pouvoir de faire
« quelque chose pour le mandant et en son
« nom ». (Art. 1984.)

Pour que le mandat existe, il suffit que le mandataire soit obligé de faire quelque chose au nom du mandant et pour son compte.

Peu importe la façon dont l'acte est accompli, pourvu qu'il le soit : un nouveau contrat doit se former ; mais il est indifférent que ce contrat se forme avec le mandataire ou un tiers. « *En résumé, le mandat est en quelque sorte un contrat d'attente, qui sera suivi d'une convention définitive entre le mandant et un sujet désigné par le mandataire, sujet qui peut fort bien être le mandataire lui-même.* »

B. — On objecte encore que le mandataire ne peut faire d'autres profits dans le contrat que le salaire qui lui est alloué. « *Il faut bien, dit M. Guillouard, se pénétrer de cette idée, fondamentale dans le contrat du mandat, que le mandataire ne peut faire d'autres profits dans le contrat que l'allocation du salaire convenu entre lui et le mandant, ou fixé par l'usage.*

« Tout autre bénéfice est illicite, non seulement s'il
« l'obtient par des moyens malhonnêtes, mais par
« quelques procédés qu'il réalise ce gain... Le
« mandataire doit appliquer toute son habileté dans
« l'intérêt du mandant, auquel il a promis ses
« services, et non dans le sien propre, qui est suffi-
« samment sauvegardé par la rémunération à
« laquelle il a droit, si le mandat est salarié ¹. »

Cette assertion n'est nullement fondée. Pourquoi défendre au mandataire de réaliser des bénéfices légitimes ? Sans doute, il lui est rigoureusement interdit de nuire aux intérêts de son mandant ; mais, s'il trouve le moyen de s'enrichir sans léser ces intérêts, il ne commet aucun acte répréhensible, et n'encourt aucune responsabilité.

C'est bien ce qui se produit au cas où le mandataire s'établit contre-partie du mandant aux conditions qu'il eût pu obtenir d'un tiers.

D'ailleurs, si l'on voulait soutenir que le mandataire encourt une responsabilité quelconque et commet une faute, l'on ne voit pas bien quelle serait la sanction de cette faute. M. Guillouard lui-même dit, en effet : « *Les fautes que le mandataire commet dans l'accomplissement de son mandat ne peuvent entraîner contre lui la condamnation à des dommages-*

1. GUILLOUARD, *Des Contrats aléatoires et du Mandat*. — Vid. aussi WAHL, note sous Paris, 29 janvier 1897 (S. 98, 2, 121).

« intérêts que si elles causent préjudice au mandant, et dans la mesure du préjudice qu'elles lui causent. Ce n'est, d'ailleurs, que l'application au mandat de l'art. 1149 C. civ. sur les dommages et intérêts résultant de l'inexécution des obligations en général¹. »

C. — On est donc forcément amené à valider la contre-partie du mandataire dans les cas où elle ne donne point lieu à collision d'intérêts.

Mais, précisément, on a prétendu qu'il était toujours opportun d'empêcher cette collision, et l'on a ajouté que la crainte de cette éventualité suffisait à déclarer impossible la contre-partie du mandataire. L'on ne doit jamais laisser l'intérêt du mandant à la discrétion du mandataire, qui, fixant à son gré le prix de l'opération, en recueillera les avantages et se constituera ainsi juge et partie.

C'est, on le voit, l'éternelle objection que l'on fait au contrat avec soi-même.

Les règles spéciales du mandat ne la justifient point, mais, tout au contraire, nous permettent de l'écarter.

Le mandant ne reste point à la discrétion du mandataire, parce qu'il n'est point tenu

1. Cass., 8 décembre 1884 (S. 1886, 1, 300 ; P. 1886, 1, 728). — 11 novembre 1885 (S. 1886, 1, 303 ; P. 1886, 1, 729), et PONT, *Tr. des petits contr.*, T. 1^{er}, n. 986. — LAURENT, *Princ. de dr. civ.*, 1, 27, n. 465.

d'accepter sans les discuter les conditions que celui-ci cherche à lui imposer.

L'art. 1992 du Code civil est sa sauvegarde. Cet article permet au mandant d'obtenir des dommages-intérêts, qui pourront, dans l'espèce, consister en une modification des clauses du contrat, au cas où le mandataire veut lui imposer des conditions plus onéreuses que celles qu'eût pu lui assurer un mandataire diligent¹.

De deux choses l'une, en effet : ou bien le mandataire, en s'instituant contre-partie du mandant, est resté dans les limites du mandat, alors l'acte est nécessairement licite ; ou bien il en est sorti, et les actes faits par lui en dehors du mandat sont des actes de gestion d'affaires, que le mandant est libre de ratifier ou non.

Par quelque côté que l'on examine l'opération, il n'est pas vrai que le mandant en soit nécessairement la dupe.

C'est bien plutôt le contraire qui se produit en pratique. Le mandataire devenant contre-partie évite le plus souvent au mandant de multiples frais : frais de voyage, lenteur, frais de correspondance ; de sorte que la contre-partie, au lieu de nuire au mandant, lui profite dans la très grande majorité des hypothèses. — Les

1. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, 4^e édition, T. IV, n° 3687.

règles du mandat, bien loin d'être des obstacles à la contre-partie, la justifient pleinement. — Le contrat avec soi-même du mandataire est parfaitement admissible. La jurisprudence a fini par le reconnaître, timidement sans doute ; mais, dans une espèce qui n'en est pas moins caractéristique, elle a admis que l'endosseur en blanc d'un effet de commerce peut remplir l'effet à son nom. Mandataire du souscripteur, l'endosseur, en se transmettant la propriété de l'effet de commerce, accomplit incontestablement un contrat avec soi-même. Nul obstacle ne s'y oppose : qu'il remplisse à son nom ou au nom d'un tiers l'effet de commerce, il ne cause pas plus dans un cas que dans l'autre préjudice à son mandant ¹.

Cette solution de la jurisprudence ne doit-

1. Limoges, 25 mars 1846 (Sirey, 46, 2, 263). — Lyon, 17 juillet 1847 (S., 49, 2, 680). — Lyon, 10 mai 1844 (S., 45, 2, 481). — Metz, 5 août 1869 (S., 70, 2, 170). — Cassation, 24 juin 1878 (S., 79, 1, 151).

« Il faut reconnaître, dit la Cour de cassation, que les intimés ne pouvaient remplir cet endossement à leur profit qu'autant qu'ils auraient fourni à Maignier la valeur du billet. » Cela va de soi : on ne peut admettre un contrat avec soi-même qu'à la condition expresse qu'il ne soit point frauduleux. — « Voilà ce que l'on dit, et que dis-je autre chose ? » pourrions-nous répondre à la jurisprudence, si désormais elle hésitait encore à admettre la possibilité du *Contrat avec soi-même*.

Voir, sur la question de « l'Endossement en blanc », la thèse de M. Méheudin, dont le manuscrit nous a été obligeamment communiqué. M. Méheudin a parfaitement raison de rattacher l'endossement en blanc à son propre profit à la théorie du Contrat avec soi-même ; mais il a tort de prétendre que le Contrat avec soi-même prend exactement « le contre-pied de l'art. 1596 ».

elle point être généralisée ; n'arrivera-t-on pas quelque jour à notre solution ? « *La contre-*
« *partie du mandataire est admissible, à moins*
« *qu'elle n'ait été formellement ou tacitement reje-*
« *tée par le mandant, où qu'elle ne cause préju-*
« *dice à ce dernier* ¹ et ². »

1. Resterait à parler des contrats avec soi-même du gérant d'affaires ; mais nous en avons déjà dit quelques mots, et nous nous contentons de reproduire ici l'opinion de Cogliolo, que nous avons déjà indiquée ci-dessus : « Anzi tutto il *rappresentante* che contratta con se stesso può non essere né un curatore, né un pubblico amministratore, né un mandatario; ma uno spontaneo gestore di affari. . . . Contratti condono sotto le regole della gestione di affari ogni pericolo è evitato, perché saranno contratti validi solo quando rispondano alle regole della gestione cioè, quando sieno utilmente compiuti oppure ratificati dal rappresentato. » (COGLIOLO, *op. cit.*, p. 147.) Cette règle est l'évidence même, et il n'est nul besoin d'insister.

2. ROSSEL, *Manuel du droit fédér. des obligations*. — VIDARI, *op. cit.*, n° 3688. — MUNTZINGER, *Motif du proj. du Code com. suisse*, p. 365. — GUILLOUARD, *Du mandat*, n° 106 et ss.

CHAPITRE III

LE MANDATAIRE D'UNE PERSONNE MORALE

§. *Position de la question.* — Le problème du contrat avec soi-même du mandataire demande à être étudié dans ses rapports avec la personnalité morale.

Sur ce terrain, son étendue est très vaste ; il franchit les limites du droit privé, et embrasse des questions de droit administratif et politique¹.

Nous ne soulèverons point ces difficultés.

Nous nous sommes imposé un cadre rigoureux, celui du droit privé. Nous ne l'excéderons point, et, choisissant parmi les personnes morales celles qui fournissent le champ d'expérience le plus propice à nos investigations, nous étudierons uniquement le contrat avec soi-même dans l'ordre des sociétés commerciales. Cette réserve nous empêche-t-elle de découvrir

1. COGLIOLO, *Op. cit.*, I, p. 146, met sur le même rang, au point de vue du contrat avec soi-même, les personnes morales du droit privé et celles du droit public. (Persone giuridiche, enti morali, municipii, ospedali, banche, etc ...). Vid., au surplus : C. ARNO, *Arch., giurid.*, t. LVII, p. 420 et p. 412, note 2 ; — MAJNO, IV, *Commento al cod. pen. it.*, fasc. VII (Verona 1892), p. 528 et ss. ; — RÖMER, *loc. cit.*, p. 96 et ss. ; — RÜMELIN, *loc. cit.*, p. 2, et tous les traités généraux de droit administratif.

les principes essentiels de notre matière en ses rapports avec la personnalité morale ?

Non point. La société commerciale est un prototype auquel peuvent s'assimiler toutes les personnes morales : les solutions que nous découvrirons en la prenant comme modèle s'étendront, par voie d'analogie, aux êtres juridiques identiques. Et c'est pourquoi nous entrons dès maintenant dans l'examen du contrat avec soi-même dans l'ordre des sociétés.

L'on devine comment la question peut se poser : l'être moral société ne peut vivre que grâce au mouvement que lui impriment les personnes physiques qui le composent ; la société a besoin de représentants. Ceux-ci tantôt délibèrent entre eux sur les mesures à prendre pour assurer à l'être moral les meilleures conditions d'existence, et votent sur ces mesures, tantôt prennent en main les intérêts sociaux, et agissent pour le compte de la société.

Soit qu'ils agissent ou délibèrent et votent, ces représentants de la société peuvent-ils accomplir le contrat avec soi-même ?

Avant tout, une distinction s'impose. Si la personne qui agit, délibère ou vote, est à la fois gérante et associée, si la société semble graviter autour d'elle, si, comme certains commandités, elle semble, *en fait*, s'identifier avec la société elle-même, la question de savoir si l'on doit

admettre le contrat avec soi-même apparaît comme excessivement délicate. Un tel contrat présente en effet un grand danger. Le gérant ne peut-il point sacrifier entièrement et, pour ainsi parler, irrévocablement les intérêts de ses coassociés? C'est ce qu'ont pensé les auteurs et la jurisprudence. Certains jurisconsultes ont ajouté que, le contrat avec soi-même ne se concevant que dans l'hypothèse de la représentation, il était contraire à la logique juridique de l'admettre en ce cas. En effet, apparaître, en fait tout au moins, comme la personnification d'un être moral n'est point vraiment représenter cet être moral. Quoique cette dernière remarque nous semble exagérée et par cela même inexacte, nous sommes frappé par le danger que présente le contrat avec soi-même dans l'hypothèse ci-dessus, et nous croyons qu'il est plus prudent de l'interdire.

1. BOISTEL, *Droit comm.*, n° 316 et suiv., et note sous cassation, 14 décembre 1874 (Dalloz, 75, 4, 340), arrêt Schaken contre Vitali, Picard et Cie. — Le commandité se distingue juridiquement de l'être moral « société », cela est évident ; aussi serait-il exagéré de dire, comme paraît l'avoir dit Boistel (*loc. cit.*) : « . . . il faudrait dire que « la personnalité morale de chaque société réside essentiellement « dans le gérant. » Ces expressions outrées dépassent la pensée de l'auteur. *En fait*, le commandité gérant est l'élément primordial de la société, et le vulgaire le confond avec elle. En droit, il en est différemment : une personne morale ne peut être constituée par une personne physique unique. Il y a là une nuance entre le fait et le droit qu'il faut bien saisir, sous peine d'inexactitude. Au surplus, cette délicate distinction ne controuve point notre thèse.

Mais, dans la très grande majorité des hypothèses, il n'existe point d'identification apparente entre l'être moral et la personne physique dont l'action ou le vote se répercutent sur la vie du corps social : tantôt le représentant de la société y est étranger ; tantôt il en fait partie, mais seulement comme unité sociale, sans paraître absorber en lui la société elle-même.

On se trouve donc presque toujours dans les rigoureuses limites de la représentation, et la question de la possibilité du contrat avec soi-même apparaît.

Elle revêt deux aspects distincts.

L'on peut, en effet, se trouver en présence du représentant d'une société unique ; la question qui s'offre à l'examen est celle-ci : dans l'action ou le vote, le représentant peut-il à la fois défendre son intérêt propre et celui de la société ? Mais on peut imaginer aussi la représentation de sociétés distinctes par une seule personne ou par les mêmes individus, et l'on se demande alors si ces personnes peuvent faire contracter entre elles les diverses sociétés qu'elles représentent.

L'on voit que le problème se scinde en deux branches :

1° « *Le contrat avec soi-même du représentant d'une société unique ;* »

2° « *Le contrat avec soi-même du représentant de plusieurs sociétés.* »

SECTION I^{re}

**Contrat avec soi-même du représentant d'une société
unique**

Représenter, c'est, ou bien passer des traités pour le compte de la société, ou bien voter sur des intérêts dans les assemblées générales.

Le représentant qui passe des traités pour le compte de la société peut-il les passer avec lui-même? Tel est le premier point.

Le représentant peut-il voter, dans l'assemblée générale, sur une question où est en jeu son intérêt personnel? Tel est le second point.

Nous examinerons successivement ces deux grandes catégories de questions : le contrat avec soi-même sous forme de traités passés avec la société ; le contrat avec soi-même sous forme de vote dans les assemblées sociales.

Mais, avant d'entrer dans l'examen de ces hypothèses distinctes, nous établirons un premier principe qui est l'évidence.

Le représentant de la société qui, sans le consentement des associés, emploie les capitaux de la société à son usage ou pour son commerce personnel, est tenu de réparer le dommage qui

peut en résulter pour la société, sans préjudice de l'action pénale, s'il y a lieu ¹.

C'est donc seulement dans les limites de la bonne foi que la question du contrat avec soi-même se pose, tant à propos des traités passés avec la société qu'à propos du vote. — Examinons-le successivement sous ces deux aspects.

§ 1^{er}

TRAITÉS AVEC LA SOCIÉTÉ

Diverses personnes sont à même de passer des traités pour le compte de la société.

Tantôt, l'on voit un associé accomplir des actes de gestion, et se placer dans la situation d'un gérant véritable. — Tantôt, ceux qui agissent sont précisément ceux à qui incombent les actes de gestion et d'administration, les gérants et administrateurs associés ou non. — Tantôt enfin, l'on se trouve en présence d'un administrateur spécial, le liquidateur, auquel appar-

1. Le code civ. ital. contient sur ce point les dispositions suivantes ;
« *Il socio che, senza il consenso scritto degli altri soci, impiega i capitali o le cose della società ad uso o traffico proprio o di terzi è obligato a conferire alla società i vantaggi conseguiti ed a risarcire il danno, senza pregiudizio dell'azione penale, se vi è luogo.* » RÜMELIN, *op. cit.*, p. 75 (sur l'*in usus vertere suos*). — Trib. comm. le Havre, 6 mai 1874. *Rec. jurispr.*, Havre, 1874, 1, 158.

tient, dans les limites de la liquidation, de passer contrat pour le compte de la société.

Pour ces divers représentants, se pose la question de savoir s'ils peuvent conclure avec eux-mêmes le contrat qu'ils sont chargés de passer pour le compte de la société.

Associés. — Lorsque l'associé contracte pour le compte de la société, il accomplit un acte de gestion, se place dans la situation d'un gérant, disons mieux, devient un gérant véritable. Il n'est donc point nécessaire d'insister sur son cas : l'étude du contrat avec lui-même du gérant comprendra implicitement l'examen du *Selbst-contrahiren* de l'associé.

Toutefois, une question se pose, dans un ordre d'idées un peu différent, à propos de certains associés, les commanditaires. L'on sait que ces associés ne peuvent s'immiscer dans les actes de gestion. Il paraît qu'on avait essayé d'établir (par quel artifice de raisonnement, cela est difficile à bien *déterminer*) une certaine connexité entre la défense de s'immiscer dans les actes de gestion et l'impossibilité de passer contrat avec la société. Cette connexité se *justifie-t-elle* ?

Le Conseil d'État, par un avis interprétatif en date du 17 mai 1809, déclare : « *Que les art. 27*
« *et 28 C. comm. ne sont applicables qu'aux*
« *actes que les associés commanditaires font en*
« *représentant comme gérants la maison com-*

« manditée, même par procuration, et qu'ils ne
« s'appliquent pas aux transactions commer-
« ciales que la maison commanditée peut faire
« pour son compte avec le commanditaire, et réciproquement, le commanditaire avec la maison
« commanditée, comme avec toute autre maison
« de commerce ¹. »

La décision du Conseil d'État a emporté tous les doutes : aujourd'hui, le commanditaire peut contracter avec la société. Il peut lui faire des fournitures ; il peut lui faire des prêts, et acquérir, comme conditions d'un prêt par lui consenti, au moyen d'un nantissement en actions, un privilège sur le fonds social au préjudice des autres créanciers sociaux. Il peut lui consentir un bail, lui avancer les fonds nécessaires pour payer les fournisseurs, se rendre garant d'un compte ouvert à la société par une maison de banque, etc., etc. ². S'il naît des créances de ces opérations, le commanditaire a une action contre la société à raison des sommes qui lui sont dues ³.

1. Pand. fr. chron. I, 3, 23.

2. Colmar, 4 fév. 1819 (P. chr., D. A. 133). — Bordeaux, 16 avril 1832 (S. 1833, 2, 113 ; P. chr. 29 avril 1838 ; S. 1839, 2, 43 ; P. 1839, I, 215 ; D. P. 1839, 2, 68). — Lyon, 5 juillet 1845 (Pand. fr. chr., III, 2, 40). — Rec. acc. Lyon, t. 23, p. 150 (S. 1864, 1, 229). — Douai, 19 août 1881 (*Jour. Trib. comm.*, 1882. p. 323). — PARDESSUS, 1830. — RUBEN DE COUDER, Dict., v^o *Sociétés en commandite*, n^o 442. — LYON-CAEN et RENAULT, tom. II, n^o 493.

3. Cass., 25 juillet 1862 (S. 62, I, 255).

Gérants et Administrateurs. — Vis-à-vis de la société et des tiers, la situation des gérants et administrateurs est facile à déterminer: même au cas où ils sont associés, ce sont des mandataires. « Le contrat de société, dit la Cour de cassation, n'exclut point la stipulation d'un mandat, et, notamment dans le cas d'une société en commandite, les associés responsables et solidaires sont, dans le sens légal, des mandataires véritables de leurs coassociés pour la gestion et l'administration de leurs affaires ¹. »

Puisque, à tout prendre, le gérant et l'administrateur sont des mandataires, ne suffit-il point, pour préciser leur situation au point de vue du contrat avec soi-même, de renvoyer à

1. Cassation, 8 décembre 1854 (Sirey, 56, II, 592).

La note de l'arrêtiste sous Cass., 14 décembre 1876 (Sirey, 74, I, 209), nous semble contenir une assertion peu exacte. « Le gérant d'une société commerciale en commandite peut être défini de deux manières : ou bien il est une personne avec laquelle la société s'identifie, ou bien il est mandataire de la société. » En fait et en apparence, il peut se faire que la commandite s'identifie avec la société; mais, en droit, cela est complètement inexact. Nous avons eu l'occasion, au reste, de réfuter plus haut une assertion semblable de Boistel.

M. L. Guérin a repris récemment, sous une forme nouvelle, le problème posé par Boistel. Considérant, non plus la commandite, mais la société en nom collectif, il se demande si réellement elle constitue bien une personne morale, comme la société anonyme, par exemple. « La séparation entre l'associé et la société y est-elle aussi complète? Évidemment non : les associés y font le commerce en leur nom et pour leur compte, différant en cela du gérant de la société anonyme.... Cette apparente personnalité n'existe qu'à l'extérieur, en faveur du créancier social; à l'intérieur, elle n'est que de pure forme.... » L. GUÉRIN, *Revue critique*, juillet-août 1902, p. 256-257, et ADLER, *Entwicklungslehre*, etc., cité par Guérin.

l'étude du contrat avec soi-même du mandataire en général? Cette idée serait acceptable, si nous ne nous trouvions point, en matière de société, sur un terrain spécial et en face de problèmes d'ordre particulier, auxquels ne peuvent, *a priori* et sans autre examen, s'étendre les règles générales du mandat.

Un nouvel examen de la question s'impose ici, qui doit embrasser tout à la fois le cas du gérant et celui de l'administrateur ¹.

A. *Gérant*. — Pour le gérant, le problème n'est pas compliqué : il demeure, en effet, soumis au droit commun. Aucun texte de loi ne lui interdit le contrat avec soi-même ; conséquence : le contrat avec soi-même du gérant est admissible. Banquier, il pourra escompter le papier de la société ; propriétaire d'une mine, il pourra lui faire des marchés de fournitures de charbon ou de minerais de fer ; et, à raison de ces opérations, il deviendra le créancier de la société, pourra produire à la faillite sans être obligé de s'effacer, comme il doit le faire au titre d'associé ².

1. A vrai dire, le cas du gérant et celui de l'administrateur ne forment pas deux hypothèses différentes ; l'un et l'autre sont représentants, et l'administrateur n'est autre chose que le gérant d'une société anonyme. Toutefois, pour la clarté de nos explications, il est nécessaire d'examiner respectivement leur situation au point de vue du contrat avec soi-même.

2. THALLER, *Trait. de Droit comm.*, p. 416. — LYON-CAEN et RENAULT, *Trait. de Droit comm.*, t. II, p. 202 et 203.

A cette liberté du gérant s'impose une seule limite : « la bonne foi ». Si, par sa faute ou sa fraude, le gérant cause un préjudice à la société, il est tenu de le réparer ; il doit des dommages-intérêts.

La bonne foi exige, du reste, que les actes accomplis par le gérant le soient ouvertement, de telle sorte qu'on ignore point s'il fait ou non la contre-partie. C'est là une règle élémentaire et de nature à éviter deux sortes d'abus : d'une part, le détournement par le gérant de valeurs confiées à sa garde ; d'autre part, la pratique illicite des pots-de-vin ¹.

Dans ces limites et avec ces réserves, la contre-partie du gérant n'est empêchée par aucun texte.

En ce qui le concerne, la loi a été d'un libéralisme absolu.

B. Administrateurs. — Ce libéralisme s'est-il atténué en ce qui concerne les traités de l'administrateur² ? L'art. 40 de la loi de 1867 interdit aux administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou un marché fait avec la société ou pour son

1. Cass., 28 mai 1889 (D. P. 1890, 1, 414). — P. PONT, *Soc.*, t. II, n° 1434. — HOUPIIN, *Soc.*, t. I^{er}, n° 225, p. 185. — Le pot-de-vin constitue, la plupart du temps, un véritable abus de confiance prévu par l'art. 408 du Cod. pén.

2. Certains auteurs le soutiennent. Voir notamment BOISTEL, *Cours de Dr. comm.*, loc. cit. *supra*.

compte : faut-il voir dans cet article une dérogation au droit commun ? Et le gérant et l'administrateur, qui sont, en somme, des représentants dont la mission est identique, et dont les prérogatives et les charges se ressemblent, n'ont-ils point une situation semblable au point de vue du contrat avec soi-même ?

Il est nécessaire de se souvenir que l'art. 40 de la loi de 1867 n'est qu'un écho affaibli de l'art. 23 de la loi du 23 mars 1863. Hanté par la crainte d'une collision d'intérêts et désireux de l'éviter, le législateur de 1863 avait, dans toutes les circonstances, interdit à l'administrateur de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans une opération faite avec la société ou pour son compte¹.

Exagération funeste qui conduisit aux pires résultats ; ils étaient surtout sensibles dans les sociétés de crédit. Ces sociétés avaient l'habitude de composer leur conseil d'administration des banquiers les plus éminents. Par suite des dispositions de la loi de 1863, ces banquiers ne pouvaient, même aux conditions du jour et de la place, faire escompter leurs valeurs par la société ni escompter les siennes².

1. V. l'exposé des motifs de la loi de 1863. (TRIPPIER, *Comment. de la loi de 1863*, p. 30.)

2. MATHIEU et BOURGUIGNAT, n° 232. — LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. II, n° 489. — BOISTEL, *op. cit.*, n° 312.

Il est juste cependant de reconnaître qu'en apparence, une certaine atténuation adoucissait les rigueurs de la loi. Théoriquement, les banquiers pouvaient recourir à l'autorisation de l'assemblée générale ; mais cette disposition, qui, suivant la commission du corps législatif, devait constituer une innovation des plus morales et des plus heureuses, demeurait en réalité platonique. L'autorisation de l'assemblée devait être donnée pour chaque opération, si petite fût-elle. Comment l'obtenir ? — L'on éprouve les plus grandes difficultés à réunir l'assemblée générale une fois l'an : comment espérer la réunir à maintes reprises pour chaque opération ? — En réalité, la règle demeurait rigoureuse : le contrat avec soi-même de l'administrateur des sociétés anonymes était impossible. Pratiquement, cela conduisait à exclure du conseil d'administration les associés qui, par leur intelligence, promettaient une gestion excellente et lucrative pour la société.

Qu'a fait le législateur de 1867 ? Il essaye implicitement d'établir une distinction entre le contrat avec soi-même que l'on peut sans danger permettre et le contrat avec soi-même qu'il est téméraire d'autoriser ¹.

1. BOISTEL, *op. cit.*, n° 312 bis. — DEVILLENEUVE, MASSÉ et DUTRUC, *Dict.*, n° 310. — LYON-CAEN et REN., *op. cit.*, n° 480. — RUBEN DE COUDER, *Dict.*, n° 320. — PONT, *Soc.*, n° 1637. — V. cependant DE COURCY, *les Soc. anon.*, p. 181.

Si l'administrateur accomplit avec la société uniquement des actes isolés, à quoi bon les lui interdire? Qu'importe qu'il escompte ses valeurs ou lui fasse escompter les siennes? Qu'importe qu'il lui achète ou lui vende une partie des marchandises qui lui conviennent, à lui ou à elle, si l'escompte a lieu aux conditions de la place, et l'achat ou la vente au prix courant des mercures? Exiger, dans l'un ou l'autre cas, l'autorisation de l'assemblée générale, n'est-ce point pousser la prudence au delà de toutes limites raisonnables?

— Il est, au contraire, prudent de soumettre la conclusion du contrat à l'autorisation de l'assemblée générale lorsqu'il est le point de départ d'une série d'actes entre l'administrateur et la société, lorsqu'il a pour résultat de les mettre pendant un long temps dans la situation de cocontractants, en d'autres termes lorsqu'il consiste dans un marché ou une entreprise. Pourquoi? Parce que ces opérations suivies et prolongées donnent plus facilement prise à la fraude, et qu'il est facile d'obtenir pour elles l'autorisation de l'assemblée, entrave insupportable pour les actes isolés¹. Telle est la distinction établie par la loi de 1867 : que devons-nous inférer de ses dispositions? Que le législateur

1. BOISTEL, n° 312 *bis*.

interdit le contrat avec soi-même comme tel ? Non point, mais qu'il le limite et le soumet à une autorisation, dans certaines hypothèses, à raison du péril qu'il peut présenter.

L'autorisation de l'assemblée générale apparaîtrait comme une mesure préventive, qui a pour but d'éviter la conséquence fâcheuse qui s'attache souvent à la conclusion d'un contrat avec soi-même, la collision des intérêts.

L'art. 40 ne prohibe donc point le contrat avec soi-même comme tel et parce que ce contrat serait contraire à la nature des choses.

Cette proposition est-elle exacte ?

Nous allons l'établir en examinant successivement l'étendue et la sanction que comporte la règle.

1° *L'étendue.* — Les marchés et entreprises conclus de gré à gré tombent en général sous l'application de l'art. 40.

Au contraire, ceux ou celles qui ont leur origine dans une adjudication, bien que la loi ne les excepte pas formellement de ces dispositions, ne paraissent point y être soumis.

En effet, d'une part, lors de la discussion du projet de loi, les organes du gouvernement se sont nettement prononcés pour cette dernière solution ¹ ; d'autre part, s'il y a publicité et

1. TRIPIER, *Comm. cit.* t. II, p. 237 et ss.

concurrence sérieuses, il n'y a pas d'abus à redouter. Cette exception en faveur des marchés qui ont leur origine dans une adjudication n'est-elle pas caractéristique ? Peut-on mieux laisser entendre que le seul but que l'on se propose est d'éviter l'écueil de la fraude ; peut-on plus nettement consacrer en principe l'admissibilité du contrat avec soi-même ¹ ?

Il y a plus : si la pensée du législateur avait été d'atteindre uniquement le contrat avec soi-même, il eût défendu de prendre ou de conserver dans un marché un intérêt direct ; mais l'on ne voit point pourquoi il eût été jusqu'à prohiber même l'intérêt indirect. Voici, par exemple, un administrateur créancier d'un tiers avec lequel la société passe le marché : la plupart des auteurs pensent que l'opération est inadmissible ². Serait-ce que l'administrateur contracte avec lui-même ? A moins de risquer une absurdité, on ne saurait le soutenir. — Si donc l'art. 40 défend à l'administrateur de prendre un intérêt direct ou indirect dans un marché passé avec la société, ce n'est point parce que cette opération présente la texture antijuridique d'un contrat avec soi-même ; mais parce qu'elle est une source possible de

1. V. PONT, *Soc.*, n° 4638. — BEDARRIDE, *op. cit.* n° 172. — LYON-CAEN et RENAULT, n° 480.

2. RUBEN DE COUDER, *Dict.* n° 323. — LYON-CAEN et REN., n° 480.

fraude. — Ce que l'on édicte est une règle empirique; ce n'est point un principe fondamental que l'on formule.

Cela apparaît encore mieux lorsqu'on se demande quelle sanction s'attache aux dispositions de l'art. 40.

2° *La sanction.* — Cet article n'édicte point, d'une façon absolue, la défense de prendre un intérêt direct ou indirect dans un marché; la prohibition peut être levée par l'autorisation de l'assemblée générale.

Mais, à supposer que, sans obtenir cette autorisation, l'administrateur ait traité quand même avec la société, quel serait le résultat de cette infraction? Qu'elle entraîne une mesure disciplinaire, la révocation de l'administrateur, cela n'importe guère: le point intéressant pour nous est de savoir si elle donne lieu à la résiliation du marché. Certains auteurs l'admettent, et disent qu'en tout cas, il peut y avoir lieu à dommages-intérêts¹. La vérité, c'est qu'il faut distinguer entre le cas où l'administrateur a pris dans le marché un intérêt direct, et le cas où il a pris seulement un intérêt indirect². Si l'intérêt pris est un intérêt indirect, on s'accorde à reconnaître que l'annulation du

1, LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, n° 480, note 2. — VAVASSEUR, *op. cit.*, n° 342. — BÉDARRIDE, *Soc.*, n° 470.

2. RUBEN DE COUDER, *Dict.*, n° 326.

marché n'est pas possible lorsque le tiers, débiteur de l'administrateur, par exemple, a contracté de bonne foi. Au cas où l'intérêt de l'administrateur dans le marché est direct, on décide qu'il peut y avoir lieu à nullité du contrat. Mais il est évident que la nullité qui sanctionne la prohibition de l'art. 40 ne saurait être qu'une nullité relative. La société seule peut la demander, et, en fait, la société ne la demandera que dans le cas où l'administrateur lui aura causé préjudice par son ingérence imprudente, et se sera immiscé dans le but de réaliser un bénéfice personnel ¹.

De sorte qu'en réalité, l'art. 40 en arrive, non point à l'interdiction de l'idée du contrat avec soi-même, mais à la réparation d'un préjudice effectif causé par l'administrateur et à la punition de ce dernier. Par où l'on voit que la loi de 1867, bien loin de déroger au droit commun que nous avons établi à propos du gérant, le corrobore et le confirme. Pour l'administrateur comme pour le gérant, le contrat avec soi-même est admissible toutes les fois qu'il n'entraîne point un danger. Ici encore, l'examen du droit positif consolide les principes que nous avons établis dans la partie théorique.

1. VAVASSEUR, T. II, n. 828. — ALAUZET, *op. cit.*, n° 736, dit : « La seule sanction que l'art. 40 puisse recevoir, s'il était violé, serait les dommages-intérêts contre l'administrateur. »

Il resterait à examiner, en ce qui concerne l'art. 40, une dernière question : l'administrateur peut-il voter dans la réunion de l'assemblée générale qui autorise la passation d'un marché entre lui et la société ? Cette dernière question sera implicitement résolue dans la section où l'on traitera des votes du mandataire des sociétés dans les assemblées où se discutent ses propres intérêts, second aspect du contrat avec soi-même des associés, gérants et administrateurs.

Liquidateurs. — Il est une sorte de mandataire dont la situation peut se rapprocher de celle des gérants et administrateurs : c'est le liquidateur. Sans doute, il n'est point exact de prétendre que le liquidateur agit pour la société absolument comme le ferait le gérant et avec les mêmes pouvoirs¹. Le gérant peut faire tout ce qui est utile à la marche normale de la société ; il peut engager sans cesse des opérations nouvelles, à mesure que les précédentes se terminent : en un mot, il fait vivre l'être moral conformément à son but.

Telle n'est pas la situation du liquidateur : il représente bien l'être moral, mais seulement dans la mesure nécessaire aux besoins de la

1. Voir cependant : PARDESSUS, *Droit comm.*, n° 1074 ; — MALPEYRE et JOURDAIN, *Traité des act. priv.*, n°s 526 et ss.

liquidation ; il est seulement investi de la mission spéciale de terminer tout ce qui est en cours, de réaliser, de liquider. Il ne doit pas entamer d'affaires qui seraient de nature à engager les associés pour une longue période ; en un mot, le liquidateur ne fait point vivre la société ; il l'aide plutôt à bien mourir¹. Il n'en est pas moins vrai toutefois qu'en une certaine mesure, le liquidateur est mandataire de la société. — Ce mandataire *sui generis* peut-il accomplir le contrat avec soi-même ? — La question s'est récemment posée devant les cours italiennes de Parme et de Turin. Une société anonyme était en état de liquidation ; la commission liquidatrice procéda à la vente des objets de l'exercice social. La vente, tentée primitivement aux enchères, ne produisit aucun résultat. La commission liquidatrice se détermina alors à procéder à la vente de gré à gré. L'un des commissaires liquidateurs présenta une offre ; on délibéra et l'on conclut à l'acceptation de cette offre ; les capitaux de la société et son exercice furent cédés à ce commissaire. C'est alors qu'un procès fut intenté, et que se posa devant les tribunaux la question de savoir si le commissaire liquidateur de la société peut acquérir ce qu'il est chargé de vendre.

1. BEDARRIDE, *Soc.*, n° 490. — TROPLONG, *Soc.*, n° 1012. — PAUL PONT, *Soc.*, n° 1952.

Pour la négative, l'on invoqua : l'art. 1457 du Cod. civ. it., correspondant à notre art. 1596 ; l'art. 150 C. D. C., qui oblige l'administrateur à s'abstenir de toute délibération regardant une opération dans laquelle d'aventure il possède un intérêt personnel ; l'art. 386, qui ne permet au commissionnaire de s'établir contre-partie qu'au cas unique où les marchandises vendues ont un prix coté à la bourse et d'avance établi ; enfin, l'argument d'ordre général : un individu ne peut tenir deux rôles opposés en un même acte.

L'affirmative rejeta l'application des art. 1457, 150 et 386, et démontra que le législateur n'a pas admis comme un criterium naturel l'impossibilité du contrat avec soi-même.

La sentence de la Cour d'appel de Parme des 23 juillet-16 août 1895 se prononça en faveur de l'affirmative. Le devoir du liquidateur est assimilable à celui de l'administrateur, et rien ne s'oppose à ce que ce dernier passe des traités avec la société. L'achat par le commissaire liquidateur chargé de vendre des biens de la société ne saurait donc être argué de nullité¹. La décision de la Cour d'appel de Parme nous

1. Carlo ARNO, *Arch. giur.*, t. LVII, p. 417, décision de la Cour d'appel de Parme du 16 août 1895. — TARTUFARI, *Della rappresentanza* p. 555. — VIVANTE, *Trattato di dir. comm.*, vol. I (Turin, 1897), n° 480 p. 434, note 166.

semble pouvoir être *a fortiori* transportée dans la jurisprudence française. Nous n'avons pas, en effet, dans notre droit, d'article analogue à l'art. 150 du Cod. de comm. ital.; si la présence de cet article ne s'oppose point à l'admission du contrat avec soi-même du liquidateur, à plus forte raison ce contrat doit-il être admis en l'absence d'un texte analogue.

§ 2

VOTE DANS LES ASSEMBLÉES

Lorsque l'associé, le gérant ou l'administrateur délibèrent ou votent dans l'assemblée sociale où se discutent leurs propres actes, lorsqu'ils sont appelés à se prononcer sur leur gestion, ils occupent deux situations opposées, joignent dans une même opération les deux tenants extrêmes, et, en réalité, contractent avec eux-mêmes.

Cette sorte de contrat avec soi-même est-elle possible ? Le problème doit être posé successivement dans l'ordre des sociétés par intérêts, soumises au droit commun, et des sociétés par actions, lesquelles sont sous l'empire de la loi de 1867.

A. — *Sociétés par intérêts.* — « *L'ordre public ou l'essence des choses*, dit la Cour de cassa-

« tion ¹, ne prescrit aucune solution nécessaire ;
« tout dépend de la volonté des parties, lesquelles
« sont libres de régler à leur gré le mode de
« délibération et de votation dans l'assemblée des
« sociétaires. » C'est conserver en principe le
droit de vote du mandataire. L'on s'est inscrit
en faux contre la solution de la Cour suprême, et
l'on a soutenu notamment que le gérant d'une
société en commandite ne saurait conserver son
droit de vote dans l'assemblée qui reçoit et
approuve ses comptes de gestion.

A l'appui de cette proposition, l'on prétend
qu'en des hypothèses analogues à la nôtre, la
loi supprime le droit de vote, et l'on ajoute que
le gérant est un véritable mandataire auquel on
ne peut permettre, sans laisser à sa discrétion
son mandant, de voter sur l'approbation de ses
propres comptes².

I. — Voici, dit-on, des hypothèses ana-
logues : *a)* Le tuteur, qui est en même temps
membre du conseil de famille, ne peut prendre
part aux délibérations qui le touchent person-
nellement. (Art. 423 et 426 Code civ.) — *b)* Les
parents qui ont provoqué l'interdiction sont
exclus du conseil de famille appelé à donner un
avis sur l'état de l'individu que l'on veut inter-

1. Cass. civ. rej., 27 juillet 1881 (Sirey, 83. I. 337; Dalloz, 83, I, 25).

2. Cass. 1881 (S., 82, I, 335). — MOLINIER, *Dr. com.*, T. I, n° 533.
— PONT. *Soc.*, T. II, n° 1434.

dire. (Art. 495 du Code civ.) — *c*) Le maire d'une commune, choisi parmi les membres du conseil municipal, reste membre du conseil ; il peut prendre part aux délibérations ordinaires, mais il cesse de pouvoir voter dans les séances où sont débattus ses comptes d'administration. S'il peut à la rigueur assister à la délibération, il doit se retirer au moment de l'émission du vote. (Loi du 18 juillet 1837, art. 25.) Ces analogies sont imparfaites. Le conseil de famille et le conseil municipal sont des assemblées représentatives qui statuent sur les intérêts du pupille ou de la commune ; le tuteur et le maire sont de purs mandataires : les exclure, c'est sauvegarder l'intérêt des représentés. Chaque membre du conseil de famille ou du conseil municipal représente l'intégralité de la personne individuelle ou collective qu'il s'agit de protéger. Écarter l'un des membres, le maire ou le tuteur, de la délibération n'équivaut point à laisser un intérêt sans défense : la représentation demeure intégrale. C'est au contraire priver un intérêt de son représentant naturel et unique que d'interdire au gérant associé le vote dans l'assemblée sociale. — Si l'on veut à toute force une analogie, ce n'est point dans les assemblées de famille ou municipales qu'il faut s'attendre à la rencontrer : il faut examiner ce qui se passe dans les assemblées parlementaires,

Le député ou sénateur devenu ministre ne cesse point d'exercer son droit de vote dans la Chambre dont il fait partie, et contribue à former la majorité qui approuve ses propositions ou sa conduite politique et reçoit ses comptes d'administration¹. (Loi du 2 août 1875, art. 23.) Cela s'explique : tout en représentant les intérêts de la nation entière, le député ou le sénateur resté mandataire d'un arrondissement ou d'un département particulier. Si, par suite d'une circonstance quelconque, il venait à perdre son droit de vote, il en résulterait qu'une fraction de la population nationale demeurerait sans représentation.

La situation de l'associé gérant n'est-elle point comparable à celle du député ou du sénateur, à cela près toutefois qu'en ce qui le concerne, ce n'est point l'intérêt d'autrui qui est en jeu, mais son droit propre et son intérêt personnel qu'il s'agit de protéger ? Comme celle du représentant de la nation, la personnalité du gérant se dédouble : il est gérant, c'est-à-dire mandataire ; il est associé, c'est-à-dire intéressé.

II. — Vouloir mettre en avant sa qualité de mandataire pour lui interdire le vote, c'est commettre une erreur manifeste. Le mandat du

1. V. Eugène PIERRE, *Droit politique électoral et parlementaire*, 1^{re} édit., n^{os} 1019 et ss.

gérant n'est point un mandat ordinaire ¹. Sans doute, il représente; mais il représente un être collectif dont il est lui-même membre, et qui, sans lui, est incomplet.

Vis-à-vis des tiers, sa personnalité se confond presque avec celle de son mandant ².

Ces raisons ne sont-elles point péremptoires; permettent-elles d'assimiler le gérant au mandataire, auquel défense est faite de participer au jugement des comptes qu'il doit rendre? A la fois associé et mandataire, il peut figurer des deux côtés de l'opération, rendre compte d'une part, recevoir le compte, d'autre part, comme partie intégrante de l'être collectif qui forme la société.

Au surplus, si le gérant peut voter dans l'assemblée qui approuve ses comptes, il peut, *a fortiori*, voter dans les assemblées où son intérêt personnel ne se trouve pas aussi mani-

1. V. Cass., 29 novembre 1871 (S. 71, I, 225). — BÉDARRIDE, *Soc.*, t. 1^{er}, n° 203.

2. « A tel point, dit M. Labbé, auquel nous empruntons la plupart de nos arguments, que son nom, sa signature sont presque le nom, la signature de la société, et qu'il s'oblige *in solidum* en obligeant la société. (V. PONT, n° 1441 et ss.) Vis-à-vis des commanditaires, ajoutait-il, il est beaucoup plus indépendant qu'un mandataire. Il a, il est vrai, des pouvoirs limités; mais il les tient du pacte social; il ne reçoit pas d'ordre de ses coassociés. (C. comm., 27-28.) *Il n'est point révo- cable* (C. civ. 1856.) » (LABBÉ, sous Cassation, Sirey 83, 1, 337.) — M. Labbé commet ici une légère erreur, que nous nous permettons de relever. Le gérant est révocable tout comme le mandataire, sauf toutefois que le mandataire peut être révoqué *ad nutum*, tandis que la révocation du gérant ne peut avoir lieu que pour une cause légitime (Art. 1856.)

féstemént opposé à l'intérêt social. Qui conteste que le gérant puisse, par exemple, en tant qu'associé, participer à fixer la quantité des bénéfices ou du dividende à distribuer ?

Rien ne s'oppose à ce que la décision de la Cour suprême soit généralisée. Le gérant d'une société en commandite est, en tant qu'associé, membre des assemblées sociales, et participe aux délibérations de la société, alors même que ces délibérations portent sur une question où son intérêt personnel est en jeu. Cela ne veut point dire qu'on lui sacrifie les intérêts de ses coassociés : ceux-ci ne restent point sans défense ¹, car la révocation peut intervenir pour cause légitime, et, sans aucun doute, le dol, la faute grave ou l'incapacité manifeste sont suffisants à la motiver. (Art. 1856.)

Si telle est la solution qui s'impose en matière de sociétés par intérêts, quelle doit être celle que nous devons adopter pour les sociétés par actions ?

B. Sociétés par actions. — Il est juste de reconnaître que les lois de la plupart des États européens refusent à l'administrateur d'une société par actions le droit de vote dans les questions où son intérêt personnel est en jeu.

1. Art. 1874 Cod. civ. — DELANGLE, *Soc.*, t. 1^{er}, n° 176. — LYON-CAEN et RENAULT, *Pr. de dr. com.*, n° 363. — *Contra* : Paris 1850 (S. 50, 2, 447).

Telle était l'opinion de la doctrine allemande dès avant 1884, alors qu'il n'existait aucun texte prohibitif. « *La défense de voter est fondée, disait Renaud, sur la nature des choses. Elle n'exclut point seulement les administrateurs d'être reviseurs des comptes; elle s'oppose en outre à ce qu'ils votent sur l'octroi ou le refus de la décharge*¹. » — Depuis, la règle s'est confirmée : les art. 190 et 221 de la Nouvelle des Sociétés par actions du 18 juillet 1884 en sont la solennelle consécration. « *Quiconque, dit notamment l'art. 190, doit recevoir décharge ou être affranchi d'une obligation par l'assemblée générale n'a aucun droit de vote, soit personnel, soit comme mandataire. . . . La même règle s'applique aux délibérations tendant, pour la société, à conclure une opération de droit avec lui*². »

Le nouveau code de com. allemand a suivi ces errements ; conservant la disposition, il l'a étendue aux délibérations portant sur un procès à intenter contre l'actionnaire intéressé. (§§ 247 à 311.) Pareille disposition se rencontre dans le code suisse de 1881, dont l'art. 683 décide que ceux qui, à un titre quelconque, prennent part à

1. RENAUD, *Das Recht der Aktiengesellschaft*, 2^e édit. 1875, § 55, p. 503.

2. La règle, selon l'exposé des motifs, a à peine besoin d'être justifiée. On ne peut attendre d'un actionnaire intéressé qu'il fasse abdiquer son intérêt propre devant celui de la société. *Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommandit, Gesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, nebst Begründungen*. Berlin, 1883, p. 232.

la gestion n'ont pas voix délibérative lorsqu'il s'agit de donner décharge au conseil d'administration pour la gestion ou pour la reddition des comptes ; — dans le code hollandais, qui prive les directeurs (art. 52) participant à la gestion du droit de se prononcer sur leur propre responsabilité ; — dans l'acte fondamental anglais des sociétés par actions de 1862 (25 et 26 Vict., cap. 19), qui exclut, dans sa première cédule A, des fonctions de vérificateur des comptes quiconque serait intéressé autrement que comme actionnaire dans une affaire avec la société ; — enfin, dans le code de com. italien (§ 32), qui force l'administrateur qui a un intérêt contraire à celui de la société dans une opération donnée à s'abstenir de toute délibération relative à cette opération ¹.

En somme, sauf dans quelques États, comme la Belgique, l'Espagne et le Portugal, où il n'existe aucun texte sur la matière, la grande majorité des lois européennes interdit le cumul des deux rôles d'intéressé et d'administrateur délibérant.

1. Sur cet article une controverse s'élève : — Rignano y voit un argument en faveur de la thèse qui regarde comme nuls les contrats avec soi-même faits par le représentant d'une société commerciale. Sraffa dit, au contraire, que l'article se borne à établir la responsabilité de l'administrateur qui, en sacrifiant à son propre intérêt celui de la société, lui a occasionné un préjudice. Nous sommes de cet avis. — RIGNANO, *op. cit.*, 824 et ss. — SRAFFA, *loc. cit.*, p. 171. — PATERI, *La Società anonima*, Torino 1890, n. 260, p. 388. — CARLO ARNO, *loc. cit. supra*

Comment doit se résoudre la question chez nous ?

Lorsque, quittant les sociétés en commandite par intérêts, nous passons à l'étude des sociétés par actions, nous abandonnons le droit commun pour tomber sous l'application de la loi de 1867.

Trouve-t-on, dans cette loi, une raison spéciale de défendre le vote de l'administrateur ?

A la vérité, il existe un texte, l'article 4¹, qui défend aux associés qui ont fait l'apport en nature, ou stipulé des avantages spéciaux, de voter dans les assemblées sur ces apports ou sur ces avantages.

La généralisation de ce texte s'impose-t-elle ? L'on ne sait point, au fond, si l'intention du législateur a été d'introduire la règle comme une application d'un principe général ou pour déroger à ce principe. Le mutisme des travaux préparatoires nous oblige à raisonner *a contrario* : *qui dicit de uno de altero negat*.

En présence d'un doute, ce n'est point le principe restrictif qui doit l'emporter : la liberté est la règle, la défense seulement l'exception.

1. L'argument déduit des art. 4 et 24 de la loi n'a pas beaucoup de force ; il est présenté comme argument *a simili*, il peut être transformé comme argument *a contrario*. Le brocard, *qui dicit de uno de altero negat*, vient immédiatement à la pensée, et il convient à l'interprétation d'une loi pleine de détails arbitraires. (J.-E. LABBÉ, note, S. 83 1. 338.)

C'est vainement d'ailleurs que, pour étayer l'article 4, on en rapprocherait les dispositions de l'article 40. Cet article, de l'aveu de tous, édicte une exception. Si l'article 4 est exceptionnel, lui aussi, comment veut-on, en dépit de l'autorité de M. Thaller¹, que deux exceptions, même intimement unies et se corroborant l'une l'autre, soient suffisantes à faire pressentir un principe général ?

Il nous paraît donc plus logique et tout ensemble moins hasardeux d'adopter l'opinion la plus libérale. La loi de 1867, si minutieuse et si rigoriste, ne décide point que l'associé nommé administrateur perd le droit de vote qu'il avait en tant qu'associé ; c'est donc qu'elle a entendu le lui conserver. Cela est grave, dit-on, et ne va pas sans de sérieux inconvénients. Soit ; la plupart du temps, l'administrateur a entre les mains un grand nombre d'actions ; quelquefois même, il dispose de la moitié du capital social, et dès lors peut être certain de rester maître du vote dans toutes les délibérations. S'il n'a point cette moitié, il pourra la compléter en s'attribuant les procurations des absents qui ont adressé au siège social des pouvoirs en blanc ; car il n'est pas douteux que, pouvant concourir personnellement au vote, il ne soit habile à voter

1. THALLER, n. Dalloz, 98, 1, p. 65.

par procuration. Nier ces inconvénients, ce serait nier l'évidence ; mais le tout est de savoir s'il est impossible de les éviter. — Or, le plus souvent, les statuts ont prévu la difficulté et limité le nombre de voix de l'administrateur. A supposer qu'on ait oublié de prendre cette sage précaution, il subsiste toujours un frein au pouvoir de l'administrateur : s'il est prouvé qu'il a été de mauvaise foi, s'il a commis un dol, si, par une faute grave, il a porté préjudice à la société, il en est responsable. Cette responsabilité s'applique à tous les actes, même au vote dans les assemblées générales.

A tout prendre, nous ne voyons point de raisons suffisantes pour édicter ici une règle prohibitive et refuser à l'administrateur le droit de vote. « *Il appartient aux statuts de régler ce point. De droit commun, chaque associé participe au vote dans toutes les affaires de la société dont il est membre* ¹ »

SECTION II

Contrat avec soi-même du représentant de plusieurs sociétés

Jusqu'ici, nous avons raisonné dans l'hypo-

1. Cass., 27 juillet 1881 (DALLOZ, 82. 1. 25). — Paris, 13 mars 1884 (D. 85. II. 14 Douai). — 7 août 1890 (*Rev. des Soc.*, 91, p. 29 ; D., *J. G.*, *Suppl.*, v° *Soc.*, n° 1653). — LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*, 2° éd., t. II, n° 846. — HOUPIII, *Traité des soc.*, etc., 2° éd., n° 903. — CHAMPCOMMUNAL, note (P^r F^r, 98. I. 135). — *Contra*: THALLER, *loc. cit.*

thèse d'une société unique : le problème présente une autre face. Il peut se faire qu'un gérant ou un administrateur soit à la tête de deux sociétés distinctes : dans ce cas, lui est-il permis de faire contracter ensemble les deux sociétés ?

— Nous savons déjà qu'un mandataire ayant reçu mandat simultanément de deux personnes peut très bien faire contracter ensemble ces deux personnes par un seul acte de sa propre volonté, pourvu qu'il soit dans les limites de son double mandat. Nous verrons plus loin, en étudiant la combinaison des commandes, qu'un commissionnaire qui aurait reçu de deux de ses commettants mission d'acheter et de vendre une même quantité de marchandise dans des conditions analogues, pourrait très bien conclure le marché pour ses deux commettants : la convention se trouverait régulièrement formée dès le moment où il leur aurait annoncé la conclusion du contrat.

Quotidiennement, l'agent de change ayant reçu de deux clients l'ordre d'acheter et de vendre la même valeur au même cours, fait l'opération par la seule décision qu'il prend de la réaliser entre les deux clients et par la mention sur ses livres.

Cette manière d'opérer a paru soulever autrefois quelque difficulté au point de vue des

lois spéciales de la profession d'agent de change, qui lui défendent de négocier les effets publics ailleurs qu'à la Bourse. (Arr. 27 prair. an X, art. 3.) Mais on n'a jamais douté de sa régularité au point de vue des principes généraux du droit, et aujourd'hui, un texte est venu terminer toute controverse en admettant ce que nous appelons la compensation des commandes. (Déc., 7 oct. 1890, art. 43 *in fine* ¹.)

Les nécessités du commerce, l'obligation où l'on se trouve de faciliter la conclusion rapide des opérations, justifient ces actes du commissionnaire et de l'agent de change. Peut-on transporter ces principes dans l'ordre des sociétés ? Il faut d'abord rappeler le criterium que nous avons posé au commencement de notre chapitre, et nous demander, du moins dans le domaine des sociétés en nom collectif et des commandites, si les gérants ne forment pas eux-mêmes toute la société.

Voici une société en nom collectif qui se compose de Pierre et de Paul ; l'acte est fait pour elle par Pierre et Paul ensemble. Supposons que Pierre et Paul prétendent avoir formé deux

1. L'art. 43 *in fine*, décret 7 octobre 1890, dit : « Les mêmes règles doivent être suivies pour l'exécution, par voie d'application, des ordres en sens contraire reçus par le même agent de change. L'on en conclut qu'implicitement, l'application des ordres, ou mieux, la compensation des commandes est admise en vertu de l'art. 43.

sociétés différentes pour deux objets distincts, et faire ensemble un traité transférant des droits d'une société à l'autre : les créanciers de chacune de ces sociétés pourront soutenir qu'un pareil traité n'a pu produire aucun effet juridique. En réalité, Pierre et Paul forment toute la société, et, lorsqu'ils accomplissent le contrat avec soi-même, ils ne représentent point deux sociétés distinctes ; ce ne sont point des mandataires : leur contrat avec soi-même ne rentre point dans les limites assignées par nous au contrat avec soi-même possible. Ne pourrait-on même point aller plus loin, et prétendre qu'il n'y a pas réellement deux sociétés distinctes ¹ ?

Ce que nous disons des sociétés en nom collectif s'applique aux sociétés en commandite. Deux commandites ayant un seul et même gérant, seul associé en nom dans les deux sociétés ne peuvent contracter ensemble. En effet, s'il est reconnu que, conformément à la nature normale de la commandite, c'est le gérant qui fait les deux commerces simultanément ; que les bailleurs de fonds, fussent-ils différents dans les deux commandites, lui apportent seulement l'appoint de leurs capitaux, il est bien certain que le gérant est l'âme de chaque société,

1. Voir note de Bendant sur la possibilité de deux faillites séparées et simultanées pour un commerçant qui a fait deux commerces distincts. (Paris, 30 avril 1867, D. 68, II, 213.)

et qu'il est à craindre qu'il ne sacrifie à son profit les intérêts de ses coassociés, si on lui permet le contrat avec soi-même. Par suite, il ne peut contracter avec lui-même comme représentant de deux sociétés. Mais, au contraire, si le gérant ou les gérants se présentent comme les véritables mandataires de deux sociétés, celles-ci ayant une personnalité morale bien accentuée en dehors de la gérance, il faut, suivant nous, admettre une opinion inverse et appliquer la règle que nous avons déjà posée pour le mandataire¹.

Supposons une société en nom collectif qui a pour gérant un seul des associés solidaires ou même un étranger : celui-ci ne constitue plus la personne morale elle-même ; il est son mandataire. Il peut dès lors très bien traiter pour la société avec lui-même, soit en son nom, soit comme gérant d'une autre société ; car nous savons que le mandataire peut accomplir le contrat avec soi-même, d'une part en son nom, d'autre part au nom de l'un de ses mandants.

La Cour de cassation² a admis la validité d'un pareil contrat.

1. *Contra* : Cass., 14 déc. 1874 (S. 76, 1, 209 et la note).

2. Cass. 1854 (D. 55, 1, 22). — Le « Reichsgericht » allemand (18 octobre 1882) admet que le liquidateur de deux sociétés différentes peut faire la balance des comptes entre ces deux sociétés.

Deux sociétés avaient un même gérant ; l'une prête de l'argent à l'autre. Le gérant agit au nom des deux sociétés comme prêteur et comme emprunteur ; il dresse et apure les comptes respectifs des deux sociétés ; il constate la dette de l'une envers l'autre.

La Cour d'appel condamne la société qui a reçu le prêt à en rendre le montant ; la chambre des requêtes refuse d'admettre le pourvoi. Cela se comprend : le gérant avait le pouvoir d'emprunter ; la réalité du prêt n'était pas contestable. Les conditions du prêt, le taux des intérêts, fixés selon les usages du commerce, ne donnaient lieu à aucune discussion. Il fallait de toute nécessité que la somme prêtée fût rendue. C'est ce que pensa la Cour de cassation, et, d'une façon générale, elle décida : « *Que le gérant de deux sociétés distinctes a qualité pour contracter au nom de l'une des engagements au profit de l'autre, notamment par voie de compte courant, et qu'il a aussi qualité pour arrêter les comptes respectifs des deux sociétés*¹. » Cette doctrine, émise dans l'hypothèse d'une société en nom collectif, s'applique en matière de commandite lorsqu'un seul des commandités est gérant. Il faut même aller plus loin, et, si l'on constate que les commanditaires, loin

1. BOISTEL, *Cours de droit com.*, p. 431.

d'être un élément accessoire de la société, en sont au contraire l'un des éléments importants, sinon l'élément prépondérant, comme cela a lieu dans les commandites par actions, l'on doit permettre le contrat avec soi-même aux gérants. Ils ne sont plus, en effet, que de simples mandataires de la personne morale, et peuvent de cette façon représenter dans le même contrat deux sociétés différentes.

Dans ce sens, on peut même argumenter de l'art. 40 de la loi du 27 juillet 1867, qui admet que les administrateurs d'une société anonyme peuvent traiter, en leur nom personnel, avec la société qu'ils représentent, pourvu qu'ils aient obtenu l'autorisation de l'assemblée générale ¹.

En somme, ou bien le gérant apparaît comme l'associé principal dans chacune des sociétés, et, dans ce cas, il serait absurde de lui permettre le contrat avec soi-même ; ou bien, au contraire, il est uniquement un mandataire quelconque : dans ce cas, rien ne s'oppose à ce qu'il les fasse contracter ensemble.

La question est plus simple encore en ce qui concerne les sociétés anonymes. L'administrateur d'une société anonyme n'est jamais que mandataire ; il ne paraît jamais s'identifier avec la société ; il peut donc, au cas où il administre

1. *Contra*. Noté SIREY, 1876, I, 209.

deux sociétés distinctes, les engager valablement l'une envers l'autre, pourvu qu'il agisse sans fraude. La même solution devrait être adoptée quand même les deux sociétés seraient formées des mêmes personnes possédant le même nombre d'actions dans l'une et l'autre société. Ce qui constitue la société, en effet, ce ne sont point les individus, c'est le capital ; peu importe donc que les personnes soient distinctes pourvu que les capitaux le soient.

Seulement, il est évident que, dans l'hypothèse où deux sociétés anonymes sont composées des mêmes personnes, possédant le même nombre de capitaux dans l'une comme dans l'autre, on admettra aisément, si elles traitent ensemble dans des conditions préjudiciables à des tiers, notamment aux créanciers de l'une d'elles, qu'en fait et à notre point de vue, les deux sociétés n'étaient pas distinctes, mais ne constituaient qu'une seule et même société ¹.

La conclusion générale qui s'impose à nous

1. BOISTEL, *op. cit.*, p. 132 et ss. — Le tribunal de comm. de la Seine, 2 janvier 1886, *Journ. trib. com.*, 87, p. 138, a décidé que, bien qu'un traité passé entre deux sociétés anonymes ait été voté par des administrateurs communs aux deux sociétés, le traité n'en est pas moins valable, du moment qu'il n'est pas entaché de dol ou de fraude. Dans le même sens: Trib. com. Seine, 23 avril 1887 (*Rev. des soc.*, 1887, p. 450); Trib. com. Nantes, 26 janvier 1881 (*Jurisp. com. et marit. de Nantes*, 81, p. 331). — Voir encore, sur l'ensemble de la question: CARLO ARNO, *op. cit.*, p. 410; — BECKLER, *System des heut. Pandektenr.*, vol. 1, cit., p. 271 et ss.

est donc la possibilité du contrat avec soi-même des gérants et administrateurs des sociétés commerciales. Le mandataire peut contracter avec lui-même; le gérant et l'administrateur, qui ne sont que des variétés de mandataires, jouissent du même pouvoir.

TITRE II

Le contrat avec soi-même dans le domaine de la représentation indirecte

CHAPITRE UNIQUE

CONTRE-PARTIE DU COMMISSIONNAIRE

Nous venons de démontrer que le contrat avec soi-même est possible dans le domaine de la représentation directe : reste à poser la question dans le domaine de la représentation indirecte.

Bien que la notion du contrat de commission ne soit pas absolument adéquate à la notion de représentation indirecte¹, nous choisirons

1. Voir. cependant : BRAVARD-VEYRIÈRES, II, p. 232 ; — LOCRE, *Exp. du c. de c.*, I, n° 237 et 238 ; — Cass. 24 juillet 1852 (D., 1852, I, 254) ; — Cass., 30 avril 1853 (D., 1853, 5, 140. — L'arrêt dit notamment : « Attendu... que le commissionnaire commercial proprement dit est l'intermédiaire qui conclut en son propre nom, s'oblige seul, etc... » *Contra* : THALLER, *Précis*, n° 981 et ss ; — LYON-CAEN et REN., T. III,

le commissionnaire comme type de nos explications dans cette dernière partie. C'est qu'en effet l'assimilation complète de la commission à la représentation indirecte nous est indifférente. Peu nous importe que le commissionnaire n'agisse pas toujours en nom propre ; il nous suffit qu'il y agisse presque toujours, et que, dans la plupart des cas, il occupe la situation d'un représentant indirect.

Avant donc de nous chercher querelle sur ce point, que l'on réfléchisse que nous examinerons, dans ce chapitre, uniquement l'hypothèse du commissionnaire agissant en nom propre.

Au reste, c'est dans ces limites assez restreintes que la question se pose dans la plupart des législations modernes. On étudie surtout la situation du commissionnaire en bourse et en marchandises ¹, et *c'est à leur propos* que se

p. 333, *C. com. allem.*, art. 383, et le *C. de com. franç.*, art. 94, al. 1. M. Thaller reconnaît toutefois que l'opinion qui voit dans la commission une sorte de mandat en nom propre, est fort commode dans la pratique « La commission, en effet, n'est pas seulement le fait de donner son concours à autrui pour lui procurer un placement de marchandises ou un achat d'approvisionnements. Elle fournit surtout au négociant ou à l'industriel le moyen de vendre ou d'acheter au loin à des tiers qui ne le connaissent point, et qui ne veulent traiter qu'avec une personne de leurs relations. Il faut que le commissionnaire prête à ses donneurs d'ordre sa réputation de solvabilité, son crédit, son nom. Ainsi l'entend à présent la loi allemande. » (THALLER, *op. cit.*, n° 922)

1. Il est juste de reconnaître que la question ne manque point d'intérêt en ce qui concerne le *commissionnaire de transports*. Il n'existe point de personnes exerçant spécialement la commission de

sont livrées les principales luttes autour du contrat avec soi-même, luttes dont l'aboutissement a été, dans la majorité des hypothèses, le triomphe de l'idée que nous défendons. Il serait hors de propos d'en rappeler les divers épisodes ; nous en connaissons l'origine italienne, puisque nous avons étudié à part les textes des jurisconsultes de la Renaissance sur cette matière.

De nos jours, le code fédéral suisse, art. 664, — le code hongrois, art. 381, — le code de comm. roumain, art. 611, — le c. de c. italien, art. 386, — le c. de c. allemand, art. 376, et nouvelles lois de bourses, art. 71, proclament la possibilité de la contre-partie du commissionnaire.

L'art. 386 du c. de c. italien dispose que le commissionnaire a le droit de s'établir contre-partie de son commettant : « *Se il committente*

transport : « La commission de transport, dit M. Thaller, peut, chez une même personne, se cumuler avec un transport propre, du moins pour une partie de la route. » (THALLER, *op. cit.*, p. 590, n° 1032.) — Nous allons plus loin que cet auteur, et nous disons que la plupart du temps il en est ainsi : c'est, par exemple, l'entrepreneur de camionnage qui traite avec une compagnie de chemins de fer, ou encore deux compagnies de chemins de fer qui traitent entre elles. Dans un cas comme dans l'autre, le voiturier primitif opère la substitution d'un contrat de commission à son premier contrat de *transport*. Cette création d'un contrat émanant d'une volonté unique ressemble à s'y méprendre au contrat avec soi-même. La loi aurait grand tort de l'interdire aujourd'hui, puisque, depuis longtemps, il s'accomplit sans aucun inconvénient. V. *infra* les dispositions de la loi allemande à cet égard.

non disporre altrimenti. » Mais, c'est surtout en Allemagne que le développement du *Selbsttritt*, tel est le nom que l'on donne à la contrepartie, présente les phases les plus intéressantes.

Relativement à la commission de transport, le C. de c. décidait « *que le commissionnaire de transports a, sauf convention contraire, le droit d'effectuer lui-même le transport des marchandises, et que, s'il use de cette faculté, il profitera des avantages du voiturier ordinaire, et sera tenu de ses obligations* ».

D'un autre côté, l'ancien article 376 résolvait la question en ces termes : « *Dans la commission pour l'achat ou pour la vente de marchandises, de lettres de change ou de valeurs mobilières qui sont cotées à la Bourse ou au marché, le commissionnaire a le droit, quand le commettant n'a pas stipulé le contraire, de livrer comme vendeur la chose qu'il doit acheter, ou de garder pour lui comme acheteur la chose qu'il doit vendre. Dans ce cas, l'obligation du commissionnaire de rendre compte de l'achat ou de la vente se borne à justifier que, pour la fixation du prix, il s'est conformé aux cours de la Bourse ou du marché au moment de l'exécution. Il a droit à la commission ordinaire, et il peut porter en compte les autres frais d'usage en matière de commission*¹. »

1. C. de c. allemand, trad. GIDE-FLACH, LYON-CAEN et DIETZ, p. 145.

Cet article terminait une lutte mémorable qui se livrait depuis longtemps sur cette question entre les auteurs.

Tout le monde n'était point d'accord sur l'admissibilité du *Selbsteintritt*. Les uns soutenaient que, par l'admission d'un droit sans la moindre limite d'acheter ou vendre au commettant, le droit de commission serait ébranlé dans ses bases, et qu'un faux commerce avec soi-même en prendrait la place¹.

D'autres, moins timorés, répondaient :
« D'après les principes généraux et les usages
« commerciaux allemands, le commissionnaire
« reste toujours libre d'acheter lui-même la mar-
« chandise qu'il est chargé de vendre, de livrer
« lui-même la marchandise qu'il est chargé d'ache-
« ter. . . . On arrive ainsi plus vite au but². » C'est à ces derniers que l'art. 376 donnait raison. Peu après son apparition, il fut violemment attaqué : Lepa, Muskat, von Hahn, Levin, Abraham³, menèrent contre ces dispositions une vigoureuse campagne, et tentèrent, lors de la nouvelle loi des bourses, de les faire retrancher de la législation.

1. GRÜNHUT, *Der Commissionshandel*, p. 452-453. — Sur l'histoire du droit de *Selbsteintritt* en Allemagne : l'excellent livre de LEPA, *Die Lehre vom Selbsteintritte des Kommissionärs*. Stuttgart, 1883 ; — LEVIN, *Ueber das Kommissionsgeschæft* ; — ABRAHAM, *Ueber den Eintritt des Kommissionärs als Selbstkontrahenten*, 1884.

2. TREITSCHKE, *Rechtsgrundsätze von Commissionshandel*, Leipzig, 1839, p. 15 et 16.

3. *Op. et loc. cit. supra*.

Mais ces tentatives furent vaines : l'on eut beau répéter que la contre-partie donnait lieu aux abus les plus criants ¹, le nouvel art. 71 de la loi des bourses confirma l'art. 376. Définitivement, la législation allemande reconnaissait l'admissibilité du *Selbsteintritt* ²; nous ajoutons que de ce fait elle consacrait la possibilité d'un cas spécial de contrat avec soi-même.

Ce n'est point toutefois l'avis de tous ceux qui ont tenté une construction théorique du *Selbsteintritt*, et bon nombre d'auteurs répugnent à expliquer la contre-partie en faisant intervenir l'idée de contrat avec soi-même.

Selon Anschütz et Makower, la figure juridique du *Selbsteintritt* s'analyse en une offre alternative.

Je donne à Titius mission de m'acheter un certain nombre de titres circulant dans le commerce. A Titius s'offre l'alternative, ou bien de

1. Voir notamment, sur ce point, les deux monographies d'Adolph ENDEMANN, *Systematische Darstellung der Geschäftsbedingungen von 21 Bankfirmen*, et *Das moderne Kommissionsgeschäft in Effektenverkehr* Berlin 1895.

2. L'art. 71 admet le *Selbsteintritt*, décide que le commissionnaire peut se porter contractant du commettant, pourvu que cette intervention personnelle ne soit point nuisible à ce dernier, et que l'opération soit effectuée selon les termes du marché et au prix courant (*Boersen Marktpreis*).

s'établir vendeur au prix courant, ou d'acheter les titres d'une tierce personne pour me les revendre ¹. Telle est l'explication : elle ne nous paraît point suffisante. Dans l'obligation alternative, le débiteur est contraint de livrer telle ou telle chose, et les deux alternatives sont *in obligatione*. Qui donc oserait soutenir que, dans l'hypothèse du *Selbsteintritt*, les deux prestations sont également obligatoires; et que, si le commissionnaire ne trouve point à acheter d'un tiers les titres demandés, il est contraint d'entrer dans le contrat et de les fournir lui-même ? Personne.

Dans le *Selbsteintritt* manque donc l'un des points essentiels de l'obligation alternative, à savoir que l'un des objets de l'alternative ne doit point présenter un caractère de préférence sur l'autre. Au surplus, si l'on adoptait cette théorie, l'on devrait décider qu'au cas où le commissionnaire choisit l'alternative du *Selbsteintritt*, il transforme son mandat primitif en un contrat de vente, sans détruire, naturellement, les droits et les obligations antérieurement produits.

Or, cette doctrine est, comme le dit Grünhut ², absolument inadmissible.

1. ANSCHÜTZ, *Die Rechte des Einkaufscom.*, etc., revue de Goldschmidt, vol. XVII, p. 9 et s. — MAKOWER, *Das allgemeine Deutsch.*, etc. H. G. B., Berlin 1884, 9^e édit., art. 376, note 26.

2. GRÜNHUT, *op. cit.*, p. 486.

Lorsque le commissionnaire accepte d'acheter ou de vendre pour le compte du commettant, il se forme un contrat de commission, et l'on ne peut plus parler d'une offre éventuelle d'achat ou de vente.

Il n'est pas plus heureux de soutenir que l'opération au *Selbsteintritt* s'explique par le fait de la naissance de deux obligations conclues sous conditions ¹.

Le contrat de commission resterait conclu sous condition résolutoire, et le contrat de vente sous condition suspensive. Cette condition aurait pour objet le *Selbsteintritt*, dont l'exécution serait laissée à la discrétion du commissionnaire. Ou bien ce commissionnaire exécute la commission avec un tiers, et alors la condition résolutoire du contrat de commission ne sort point effet; ou bien, au contraire, il accomplit le *Selbsteintritt*: la commission disparaît et fait place à la vente.

Bien entendu, au cas où le commissionnaire ne nomme point le tiers avec lequel il a passé contrat, le commettant peut supposer qu'il

1. H. STAUB, *Kommentar zum allgemeinen Deutsch.*, H. H., 2^e éd. Berlin 1894, p. 922, et ss. — DERNBURG, *Lehrbuch des preuss. Privatr.*, vol. 2^e, Halle et S. 1882, § 187, p. 515-518. — ABRAHAM, *Der Eintritt des Kommissionärs als Selbstcontrahent.*, 1884, page 21 et ss.

s'est institué contre-partie, et a le droit d'exiger de lui l'accomplissement du contrat de vente. Rümelin ¹ a rajeuni cette théorie en faisant intervenir sa thèse de l'acte unilatéral dans le contrat avec soi-même. Il dit en substance que le mandat spécial comporte toujours, à l'occasion, une offre directe au représentant lui-même d'un *Propregeschäft*, offre que le représentant accepte au moyen du *Selbsteintritt*. Il n'est nul besoin, dit-il, que l'offre émane d'une volonté formelle; il suffit qu'elle soit tacite, et cela aura lieu lorsque le représenté, interrogé postérieurement à l'acte, déclarera qu'il lui convient d'approuver l'opération du *procurator*.

Au surplus, lorsque la volonté du représenté existe en fait, il y a contrat conclu directement entre le représentant et le représenté; si elle n'est que tacite, l'acte du *procurator* est un acte juridique unilatéral comme dans le contrat avec soi-même, à cela près qu'il apparaît comme un contrat tacite avec le représenté.

Ingénieuse et subtile, l'explication de Rümelin est erronée. Prenons, pour en démontrer la fausseté, l'hypothèse suivante :

Quand le tuteur de A, qui est en même temps représentant de B, effectue un contrat entre les deux représentés sans qu'il y ait offre de B à A,

1. RÜMELIN, p. 35 et ss., et p. 250 et ss.

au moyen du contrat avec soi-même, pour A il y a contrat de vente ; pour B, il y a seulement un acte unilatéral ou un contrat simulé ; de telle façon qu'un même acte se trouve être à la fois un contrat et un acte unilatéral, conséquence vraiment extraordinaire ¹. Von Hahn, Schaps, Goldschmidt ², essaient une autre explication : c'est la loi, disent-ils, qui permet le *Selbsteintritt* ; *ex lege*, deux exécutions de la commission sont possibles : la régulière et celle au moyen du *Selbsteintritt*, le *Selbsteintritt* consistant dans l'accomplissement du contrat de commission entre le commettant et le commissionnaire.

Quelle que soit l'autorité de Goldschmidt, il nous est impossible d'adopter sa manière de voir. Que le commissionnaire effectue la livraison de sa propre chose ou qu'il paie le prix de ses deniers, c'est toujours le commettant qui profite en définitive de l'opération, cela est certain ; mais une seule personne figure au contrat, le commissionnaire. Il est donc impossible de parler d'un contrat de vente entre le commissionnaire et le commettant. Aussi, en fin de compte, l'opération de la contre-partie ne s'explique-t-elle bien que si l'on fait inter-

1. Vid. Carlo ARNO, *op. cit.*, t. LVII, p. 265-266.

2. VON HAHN, SCHAPS, GOLDSCHMIDT, cit par Carlo ARNO, p. 269.

venir la théorie du contrat avec soi-même : le commissionnaire, en accomplissant le *Selbst-eintritt*, effectue un contrat avec soi-même. Là est la vérité.

Vainement, l'on objecterait que le contrat avec soi-même est incompatible avec la représentation indirecte. Cette idée est erronée, nous l'avons déjà démontré : il n'est pas plus impossible à l'*Ersatzmann* de conclure un contrat avec soi-même que cela n'est impossible au représentant direct ¹. Dès lors, lorsque les lois allemandes et italiennes admettent le *Selbsteintritt*, implicitement elles consacrent un cas spécial de contrat avec soi-même. Après une longue lutte, la théorie du contrat avec soi-même triomphe sur le terrain de la contre-partie du commissionnaire.

La construction du *Selbsteintritt* était nécessaire avant d'aborder l'étude de la contre-partie dans le droit français ; cette étude s'impose désormais. Si l'évolution de la théorie du *Selbst-eintritt* est complète en Allemagne et en Italie, à quel stade est-elle parvenue chez nous ? Admettons-nous l'entrée du commissionnaire dans le contrat ? Tout naturellement, la question se scinde, car le commissionnaire peut entrer dans

1. *Contra* : MUSKAT, *loc. cit.*, § 2, p. 511 ; mais voir RÜMELIN, *loc. cit.*, p. 24-25 et ss.

le contrat pour son compte personnel ou pour le compte de l'un de ses commettants ; il s'agit donc de savoir : 1° si le commissionnaire peut être contre-partiste ; 2° s'il peut opérer la combinaison des commandes.

Ces deux points feront l'objet de deux sections distinctes.

SECTION I^{re}

De la contre-partie proprement dite

Le commissionnaire peut-il s'établir contre-partie de son commettant ?

Précisons la question : un commettant a donné l'ordre à son commissionnaire d'exécuter telle ou telle opération ; le commissionnaire l'exécute, en avise son commettant, mais, au lieu de contracter avec un tiers, il s'applique à lui-même l'ordre donné. Survient le règlement de comptes : le commettant, auquel le commissionnaire rend compte de ses actes et réclame le paiement de son solde, peut-il répondre : je ne vous dois rien ; vous n'avez point accompli le contrat dont je vous avais chargé ; au lieu de contracter avec un tiers, ce qui était votre devoir et mon intention, vous vous êtes appliqué l'opération ; ce que vous avez fait est nul pour défaut

de contre-partie ? — La jurisprudence l'admet. La question ne se discute plus en droit ; seul le point de fait donne lieu à débats. Cette attitude de la jurisprudence française, ce superbe dédain ne laisse point d'étonner ceux qui, comme nous, connaissent l'état des lois italiennes et allemandes sur la matière.

Sondons les bases de sa théorie.

Vraisemblablement, lorsque le donneur d'ordres demande au commissionnaire compte de son mandat, il exige d'abord que celui-ci lui révèle le nom du tiers avec qui il a contracté : le commissionnaire est-il tenu de le révéler ? Si oui, la question de l'admissibilité de la contre-partie ne se pose plus : il est bien certain qu'elle est interdite ; sinon, la question de la contre-partie peut encore se poser, et il y a lieu de l'examiner en elle-même. En conséquence, dans l'étude de la question, il est nécessaire de distinguer deux points : le commissionnaire peut-il refuser de dévoiler le nom du tiers avec lequel il a contracté ? Peut-il prendre lui-même la place de ce tiers ?

Il est hors de doute que l'agent de change est tenu au secret professionnel, et que, dans le cas où il fait l'application des ordres contraires ou, pour mieux dire, la compensation des commandes, il ne saurait révéler le nom de l'une quelconque des parties qui sont toutes les deux ses clientes.

A la vérité, la règle, qui n'est formelle que pour les agents de change, ne s'applique point aussi rigoureusement aux commissionnaires en bourse et en marchandises. Sans doute, l'obligation au secret ne résulte pas nécessairement d'un texte spécial ; elle s'impose à toutes personnes « dépositaires par profession des secrets « qu'on leur confie ». Mais il y a lieu de se demander si, dans le cas présent, l'obligation au secret n'irait point contre son but, et si, au lieu de profiter aux parties contractantes, elle ne leur serait point nuisible. — Dans un autre ordre d'idées, il est certain que l'intérêt du commissionnaire agissant en nom propre est de ne point révéler le nom de la contre-partie, « pour empêcher le commettant de se mettre en relations directes avec la personne dont le nom lui aurait été révélé par le commissionnaire » ¹. D'autre part, l'intérêt du commettant à la révélation du nom de la contre-partie n'apparaît qu'au cas où il soupçonne le commissionnaire de fraude. — S'il est convaincu que l'opération a été régulière, pourquoi exigerait-il la révéla-

1. M. Thaller est tout près d'admettre le secret professionnel ; il y échappe en disant que l'on fera examiner les registres des commissionnaires par des experts tenus eux-mêmes au secret *professionnel*.

Vid. THALLER, *Traité élém. de Dr. comm.*, p. 533, cité dans la note de Lacour, cit. Toutefois, dans une hypothèse analogue, celle du notaire tenu au secret professionnel, la Cour de Caen a refusé d'admettre une expertise tendant à la vérification de sa comptabilité. (Rec. arr. Caen et Rouen, 1902, 1, 3. Leclerc — c. — Faudemer.)

tion du nom de la personne avec laquelle le commissionnaire a traité ? Peu lui importe, en somme, s'il n'a de répondant que le commissionnaire agissant en nom propre. Ces raisons ont conduit certains auteurs à imposer au commissionnaire le secret professionnel ! Sont-elles péremptoires ? D'aucuns prétendent que non. Cela, d'ailleurs, ne nous atteint pas directement ; car, en admettant même que nous puissions établir l'obligation au secret professionnel, nous ne saurions en déduire la possibilité de la contre-partie. C'est une question à part et qui demande un examen particulier.

II. — La question ne se pose qu'en l'absence de clauses spéciales dans le contrat de commission. Le doute n'est point permis dans le cas où cette opération est formellement interdite par le commettant ; il ne se conçoit pas non plus dans l'hypothèse où elle est autorisée :

« *Nous cherchons en vain quelle règle d'ordre*

1. GRÜNERT, *Das Recht des Commissionshandels*, p. 501. — Vid. CASARÉGIS, *op. cit.*, disc., 197, n° 22, e *Rota genovese, Decisiones Rotæ Genuæ de mercatura et ad eam pertinentibus*, déc. 30, n° 41. — PARDESSUS, *Cours de Dr. com.*, Bruxelles, 1836, vol. I, n° 564 : « La nature des affaires et l'usage des lieux peuvent le dispenser (le commissionnaire) de faire connaître les personnes avec qui il négocie lorsqu'il répond de leur solvabilité. Un commettant de mauvaise foi pourrait faire dans la suite directement des offres de service aux correspondants de son commissionnaire, qu'il aurait connus par ce moyen. — Cour de Bordeaux, 14 janvier 1858 (S. 58. 2. 310 et la cass.) ; 7 décembre 1858 et 30 mars 1859 (S. 59. I. 302 et 676).

« public pourrait s'opposer à ce que le commis-
« sionnaire se fit, de l'aveu de son client, sa contre-
« partie. Cette autorisation peut intervenir même
« après l'opération. A supposer que le commettant
« puisse invoquer la nullité, cette nullité n'a été
« établie que dans son intérêt ; elle se trouve cou-
« verte dès qu'il a connu les conditions dans les-
« quelles s'est effectuée l'opération, et qu'il a
« renoncé, même tacitement, à s'en prévaloir ¹. »

Mais ², au cas où rien n'indique la pensée du commettant, la contre-partie est-elle encore possible ? La jurisprudence répond négativement ³. A quoi tient cette disposition de la jurisprudence ?

Il faut l'avouer, la contre-partie se présente devant les tribunaux sous un défavorable aspect. Elle sert d'instrument à de prétendus banquiers au préjudice de leurs clients ; des prospectus

1. *Dr. finan. jur. des val.*, 5 janvier 1902, p. 40, n° 12, note sous arrêt Paris, 5 juillet 1900, et arrêt Paris, 3 juillet 1890. Ces arrêts décident en outre que la bonification stipulée par le contre-partiste dans un marché direct n'est entachée d'aucune cause de nullité : elle n'est ni illicite ni contraire à l'ordre public ; elle est par conséquent valable.

2. Certains arrêts vont même plus loin et admettent la validité de la contre-partie, au cas où cette opération est d'usage dans la place où elle a été accomplie. (*Gaz. du Pal.*, 1897, p. 149.)

3. Rouen, 22 août 1872 (*D. P.*, 73, 2, 29). — Trib. comm. Seine, 1^{er} juillet 1889 (*La loi* du 24 juillet 1885). — Paris, 4 mars et 12 novembre 1891 ; 21 décembre 1895 (*Droit fin.*, 1891, p. 325 ; 1892, p. 149 ; 1896⁷ p. 115). — Seine, 22 mai 1897, pr. Vaury (*Gaz. Pal.*, 1896, p. 149), note de M. Lacour, *D.*, 99, 2, 298, et rapport du conseiller Denis, affaire Hermann contre Goldschmidt, Furst et C^{ie} (*Gaz. Pal.*, 13 juin 1902,

sont répandus, où se lisent d'alléchantes annonces : « l'art infailible de gagner de l'argent à la bourse », par exemple. L'on ne se fait pas faute de recommander chaleureusement des opérations que l'on sait désastreuses ; et, si d'aventure quelque spéculation doit aboutir à un fatal échec, c'est une raison pour la vanter et pour en prédire les triomphes futurs. Le but que poursuivent les intermédiaires malhonnêtes en agissant ainsi se devine facilement : ils veulent.....

« Leur bien premièrement et puis le mal d'autrui. »

Ils n'auront garde d'exécuter sur le marché les ordres que leur donneront de naïfs spéculateurs ; mais, s'établissant contre-partie, ils joueront à coup sûr, et fonderont leur fortune sur la ruine d'autrui. Ils n'oublieront point, au surplus, de réclamer un courtage pour des opérations purement fictives.

De tels procédés sont fréquents ; il est juste de les indiquer et de les flétrir : « *La contre-partie sert trop souvent de prétexte à d'invouables entreprises.* » Toutefois, ce n'est pas une raison pour la confondre avec elles. C'est ce que l'on fait trop souvent : M. le conseiller Roullier, par exemple ¹, ne voit dans l'acte des

1. Rapport du C. ROULLIER, *Le Droit*, 1^{er} avril 1896.

commissionnaires contre-partistes : « *Que le*
« *fait de persuader aux clients qu'ils agissent à*
« *leur égard comme des personnes interposées,*
« *comme des mandataires pour les achats et*
« *ventes de titres, alors que, dans la réalité, ils*
« *se constituent eux-mêmes secrètement les ven-*
« *deurs et les acheteurs de ces mêmes titres.* »
Il ajoute d'ailleurs que, bien souvent, le
contre-partiste « *conseille les opérations dont il*
« *fait lui-même la contre-partie* ».

Évidemment, lorsque la contre-partie se présente sous cet aspect, elle ne saurait être admise ; elle est en effet entachée de vices capitaux. Si le commissionnaire persuade au commettant qu'il agit uniquement comme intermédiaire alors qu'il se porte contre-partie, il trompe son donneur d'ordres, et accomplit une opération autre que celle dont il était chargé.
— S'il emploie des moyens frauduleux pour engager ses clients à effectuer des opérations dont il s'établit contre-partie, il se rend coupable du délit d'escroquerie. Dans les deux cas, l'opération ne saurait être accueillie favorablement par les tribunaux : les vices qui l'affectent empêchent sa validité, et la rendent ou dangereuse ou coupable.

Mais précisément, ces vices ne lui sont point inhérents ; ils ne sauraient constituer son essence et se confondre avec elle ; il est pos-

sible de les en détacher. A côté de la contre-partie frauduleuse, l'on peut imaginer une contre-partie honnête et licite.

En voici un exemple : Le commissionnaire a reçu mandat d'acheter certains titres à la bourse ; par hypothèse, il est du croire et doit supporter seul les risques de l'opération, ce qui, en pratique, équivaut à dire que lui seul souffrira de l'insolvabilité de la contre-partie ¹.

Si l'on se trouve en un moment de crise, et que le commissionnaire ait beaucoup de peine à trouver sur le marché des contre-parties certainement solvables, qui pourrait l'empêcher de s'appliquer l'opération à lui-même, à condition que le commettant n'en souffre point ? Il n'a point persuadé au client qu'il agissait comme personne interposée ; il n'a point conseillé l'opération dont il fait la contre-partie : quelle serait la raison de déclarer nulle une semblable opération ? — On pourrait multiplier les exemples, mais cela est tout à fait inutile : nous en avons dit assez pour montrer que, si la contre-partie sert parfois à de douteuses entreprises, bien souvent elle se présente sous un aspect licite et sans être entachée d'aucune fraude.

Lorsqu'il en est ainsi, la contre-partie est—

1. V. DREYFUS, précit.

elle possible, ou, si elle ne l'est pas, qui peut l'empêcher; quels arguments peut-on y opposer? — C'est ainsi que la question se pose, et, pour interdire la contre-partie en ces circonstances, il faut, ou bien qu'un texte la réproouve formellement, ou encore qu'elle soit incompatible avec les principes généraux de la commission, ou enfin qu'elle cause un inévitable préjudice au donneur d'ordres.

Ces obstacles existent-ils? Les auteurs et la jurisprudence le prétendent : examinons-les successivement.

A. Les textes. — On ne découvre aucun texte qui réproouve positivement la contre-partie; on en est donc réduit à raisonner par analogie.

On dit, d'une part : la loi interdit aux agents de change de faire la contre-partie; d'autre part, l'art. 1596 interdit aux mandataires d'acheter ou de vendre pour eux-mêmes les biens qu'ils sont chargés d'acheter ou de vendre pour le compte d'autrui, et l'on en conclut qu'il est raisonnable d'étendre ces prohibitions aux commissionnaires. Ce n'est point notre avis. Il n'est pas complètement vrai, tout d'abord, que la loi interdise la contre-partie ou, plus exactement, toute sorte de contre-partie aux agents de change: elle leur permet tout au moins (art. 40, décret de 1890) l'application, et nous voyons que cela ressemble à s'y méprendre à une contre-partie.

Mais, si la loi défend à ces intermédiaires d'un ordre tout à fait spécial, à ces intermédiaires qui jouissent de nombreuses prérogatives, nécessairement compensées par des charges correspondantes, de spéculer pour leur propre compte, et, conséquemment, de s'établir contre-partistes, il n'en faut point inférer qu'elle a entendu appliquer ces dispositions aux commissionnaires. L'agent de change et le commissionnaire ne doivent pas être confondus : leurs fonctions diffèrent essentiellement, et d'ailleurs, toute prohibition est limitée et restreinte ; il est anti-juridique de l'étendre aux cas que la loi n'a point prévus.

Aussi n'est-ce point précisément sur cette prétendue analogie que l'on insiste, et préfère-t-on tirer argument de l'art. 1596¹. Nous savons à quoi nous en tenir sur la portée de cet article, et nous en connaissons l'esprit. Il a pour but d'éviter la collision d'intérêts et de pallier les inconvénients qui résulteraient, dans le contrat avec soi-même, d'une lutte entre l'intérêt et le devoir. Est-il extensible au cas du commissionnaire ? Cela est fort douteux. On conçoit fort bien qu'il y a lieu d'éviter la lutte des intérêts dans l'hypo-

1. DELAMARRE et LE POITVIN. *Traité de droit comm.*, T. II, n° 249. — PARDESSUS, *Cours de droit comm.*, T. II, n° 570. — ALAUZET, *Comment. du Cod. de comm.*, 3^e édit., T. III, n° 898. — M. BOISTEL, *Précis de droit comm.*, 3^e édition, n° 522.

thèse de l'achat par le mandataire des biens du mandant, parce que cet achat porte sur un bien déterminé, dont le prix ne peut être fixé qu'à la suite d'un débat entre les contractants. Si le mandataire reste seul maître de ce débat, on peut craindre qu'il ne lèse les intérêts du mandant : en cas de vente aux enchères, il écartera la concurrence ; en cas de vente amiable, il ne la provoquera pas.

Mais, généralement, la situation est différente dans l'hypothèse de la commission : ce n'est plus sur un objet déterminé que porte le contrat ; il porte sur une chose *in genere*. Le prix ne dépend plus uniquement de la volonté des contractants, il est fixé d'une façon mécanique par la loi générale de l'offre et de la demande, qui détermine toujours le prix de toutes marchandises et de tous effets publics sur le marché. L'existence d'un prix normal, contrôlable, creuse, pour ainsi parler, un abîme entre la situation du commissionnaire et celle du mandataire¹. D'où suit que l'art. 1596, qui

1. STRAFFA, *Contratto del commissionario con se medesimo* (Arch. giurid., 61, p. 346), et RUMELIN, *Das Selbstcontrahiren*, etc., p. 209 et ss. Parfois, la commission d'achat ou de vente de marchandises porte sur un objet déterminé ; mais bien souvent, dans ce cas, ou bien le tiers contractant est désigné par le donneur d'ordres ; exemple : « Je vous donne commission de m'acheter un piano de la maison Pleyel », et alors la contre-partie est écartée ; ou bien le commissionnaire n'agit plus en nom propre, et l'on ne rentre plus dans notre hypothèse.

d'ailleurs formule une exception à la règle générale de la possibilité du contrat avec soi-même, ne saurait ici s'appliquer. Aucun texte, même par analogie, n'interdit la contre-partie du commissionnaire.

B. Le caractère de la commission. — Cela n'importe guère, dit-on, puisque la contre-partie est incompatible avec les règles générales du contrat de commission.

Le commissionnaire est un intermédiaire.

Ne touche-t-il pas un salaire pour les opérations qu'il accomplit ?

Sa qualité d'intermédiaire a conduit vers lui le commettant : « *Le contrat passé entre eux est « un mandat, non une vente*, dit M. Lacour. *En « vous chargeant, par exemple, de trouver des « acheteurs pour mes marchandises, je n'ai pas « entendu vous les vendre à vous-même. Je ne « puis être lié par le contrat auquel je n'ai pas « consenti*¹. » En d'autres termes, si le commissionnaire entre dans le contrat, s'il se substitue au tiers et fait la contre-partie, il sort des limites de son pouvoir, et ne répond plus aux intentions de son commettant.

L'argument que l'on prétend tirer de la commission est des plus faibles : la commission est un salaire, une rémunération, cela est certain ;

1. LACOUR, *loc. cit.*

mais elle n'a point pour but de rémunérer le commissionnaire des efforts qu'il a tentés pour découvrir à son commettant une contre-partie réelle. Elle l'indemnise seulement de ses débours et de ses services quelconques ; elle le couvre en outre du risque encouru, en cas de marché à terme, pour le paiement d'une différence éventuelle : son quantum dépend du nombre ou de la valeur des opérations accomplies, et non du caractère juridique des rapports du commissionnaire avec ses clients ¹.

Son existence n'indique donc point que le commettant a entendu exclure la contre-partie : indique-t-elle tout au moins le contrat de commission ?

« *Pour le soutenir, il faudrait bien peu connaître les usages des banquiers, même dans les affaires qu'ils traitent directement. Passez aux guichets de l'un quelconque de nos grands établissements de crédit, et faites y la moindre opération, directe bien entendu, avec l'établissement ; achetez y, par exemple, une obligation à lots de la ville de Paris ou du Crédit foncier, que les banques vendent à guichets ouverts : vous aurez toujours à payer, en sus du prix, un courtage qui prendra le nom de commission, et cependant l'établissement de crédit*

1. SRAFFA, *op. cit.*, p. 258.

« n'aura pas joué dans l'opération le rôle de mandataire ou d'intermédiaire¹ ».

Cela est décisif; mais, à tout prendre, l'on peut sans difficulté reconnaître que le commissionnaire est un intermédiaire. Entre qui ? C'est là le point. Vainement soutiendrait-on que sa mission consiste essentiellement à rapprocher entre elles telles ou telles individualités déterminées.

« Il traite tous les jours un nombre considérable d'affaires diverses, vendant à midi, achetant à une heure. Les ordres de ses correspondants se mêlent dans sa maison; les ordres de vente, d'achat se croisent, se confondent, se rencontrent, et l'exécution en bourse se fait au nom du commettant². »

De sorte que l'on ne sait pas au juste s'il a exécuté l'ordre de Primus avec Secundus, ou réciproquement, etc. Le commissionnaire est intermédiaire entre deux grands courants, celui de l'offre et celui de la demande. Ici, c'est le public désireux d'aborder le marché et d'y occuper une situation de vendeur ou d'acheteur : « *Sed non licet omnibus adire.* » Là, c'est le marché où se négocient marchandises et effets. Le public a besoin du marché tout autant que le marché du public ; c'est le commissionnaire

1. Rapport du conseiller Denis, *Gaz. du Palais*, cit.

2. DREYFUS, *loc. cit.*

qui met l'un et l'autre en rapports, de sorte que l'on peut dire qu'il est intermédiaire, non point entre individualités déterminées, mais entre le marché et le public pris *in globo* : c'est le fleuve qui recueille sur son passage les cours d'eau disséminés, et les porte confondus vers l'océan.

L'on voit, par ces explications, en quoi peut consister la fonction du commissionnaire. Le spéculateur qui s'en remet au commissionnaire de l'exécution de ses ordres ne désire point entrer en rapports avec telle ou telle personnalité du marché ; son unique ambition est d'aborder le marché lui-même, de s'y approvisionner de marchandises, d'y écouler les siennes, ou, plus fréquemment, en cas d'opération à terme, d'y conquérir une place de vendeur et d'acheteur, de haussier et de baissier, avec les chances de gain inhérentes aux variations de cours prévues jusqu'à l'époque de la liquidation ¹. C'est au commissionnaire à lui procurer cette place ; mais, du moment qu'il la lui procure, sa fonction est accomplie. Le commettant ne pourrait donc reprocher au commissionnaire l'absence de contre-partie. Celui-ci répondrait : Vous m'avez chargé de vous assurer une situation sur le marché, je l'ai fait ; j'ai donc exécuté vos ordres.

1. M. Lacour, tout en combattant la contre-partie, admet néanmoins notre conception du rôle du commissionnaire. (Lacour, *loc. cit.*)

Sans doute, je ne me suis point évertué à vous trouver comme cocontractant une personnalité étrangère ; je me suis moi-même détaché du marché et me suis présenté comme votre contrepartie : qu'importe ?

Le préjudice. — Il importe, dit-on, beaucoup, et l'entrée du commissionnaire dans le contrat cause fatalement préjudice au commettant : 1° elle le prive d'un répondant ; 2° elle lui enlève, en outre, les précieux conseils d'un intermédiaire expérimenté ; 3° enfin, d'une façon plus générale, elle lui crée un adversaire dans la personne de celui qui devait être son collaborateur.

I. — Soutenir que, dans l'hypothèse où le client a traité avec un commissionnaire du croire, il a voulu que le commissionnaire fût garant joint du contrat passé avec le tiers, équivaut peut-être à donner une explication strictement juridique du rôle du commissionnaire. Mais, en réalité, ce que le client a eu en vue, c'est une assurance de solvabilité. Il a, en fait, complètement négligé la solvabilité de ce tiers, qu'il ne connaît pas, pour n'avoir qu'un seul répondant, le commissionnaire. C'est le commissionnaire qui, dans la pratique, est désormais substitué, d'après l'intention commune des parties, à toute autre personne ; c'est le commissionnaire qui deviendra débiteur, si

l'opération constitue le client en gain, et la seule cause de la commission, c'est la responsabilité du commissionnaire envers le client¹. Il est donc exagéré de prétendre que la contre-partie prive le commettant d'un répondant.

II. — C'est oublier la nature juridique de la commission que de vouloir opposer l'existence d'une diminution de garantie en cas d'exécution directe ; c'est peu connaître son fonctionnement pratique que de soutenir qu'en fait, la contre-partie prive le commettant des conseils du commissionnaire et le livre à sa merci.

C'est surtout Sraffa qui a le premier soutenu que la contre-partie « *a pour effet de priver le mandant d'un des principaux avantages qu'il se propose d'obtenir en recourant à un commissionnaire, surtout lorsqu'il s'agit d'une opération de valeur. Le commissionnaire in bonis a la pratique des affaires ; il n'ignore ni les caprices ni les goûts des financiers. Les personnes, les faits politiques, les faits divers, rien ne lui est étranger ; aussi peut-il offrir aux clients d'utiles conseils pour la vente ou l'achat en temps opportun. Si on lui concède la faculté d'entrer dans le contrat, n'est-ce point enlever son caractère fiduciaire au mandat commercial,*

1. Note arrêt Paris, 5 juillet 1900 (*Dr. fin.*, 5 janvier 1902, p. 40), n° 12. — *Contra* : Lacour, note cit.

« spécialement à la commission de bourse ¹ ? »

Théoriquement excellentes, ces observations sont de nul effet en pratique.

Au reste, le caractère fiduciaire de la commission de bourse ne peut s'étendre jusqu'au point de retenir que le commettant puisse avoir droit à considérer le commissionnaire comme le conseiller de ses opérations. Si ce dernier veut sauvegarder son prestige vis-à-vis de ses clients, il ne doit point se faire l'écho de tous ces bruits qui, ordinairement, circulent sur le marché, bruits qui peuvent être vrais, mais qui, souvent, ne correspondent point à la réalité. Eviter les influences extérieures, juger avec calme sans croire tous ceux qui se disent bien informés : telle doit être l'incessante préoccupation de l'intermédiaire ². Il y a plus : le commissionnaire eût-il l'intention de s'établir conseiller de son commettant, qu'il ne le pourrait point dans la pratique. D'ordinaire, il ne reçoit point les ordres longtemps à l'avance ; c'est le télégraphe qui les lui envoie. Le spéculateur suit le mouvement des affaires, et, lorsque l'instant lui semble propice à l'action, il ordonne à son commissionnaire d'acheter ou de vendre ³.

1. SRAFFA, *op. cit.*, p. 25.

2. Fernando PICCINELLI, *Appunti e Rilievi intorno al contratto*, etc. *del Sraffa, Mon. dei Tribunali*. Milan, 26 novembre 1898.

3. F. PICCINE. *Manuale per l'apprezzamento dei valori pubblici*, etc. Milan, Hoepli, 1897, éd. 2, p. 737.

Quoi qu'il en soit, il ne faut point considérer le commissionnaire comme le tuteur né du spéculateur, et refuser d'admettre la contre-partie parce que, théoriquement, elle prive le commettant d'utiles conseils ¹.

III. — Mais la contre-partie ne fait-elle point du commissionnaire, collaborateur du commettant, l'adversaire de son client ? Ne crée-t-elle point conflit d'intérêts, et cela seul ne suffit-il point à la faire rejeter ? Que le commissionnaire contre-partiste se trouve en face de son commettant, cela est indéniable ; mais il n'est point pour cela son ennemi ; en tout cas, il n'est pas plus l'adversaire du donneur d'ordres « *que le vendeur ayant intérêt à vendre cher n'est l'adversaire de l'acheteur qui voudrait acheter bon marché* » : il est vrai qu'il l'est autant.

La situation ne laisse donc point de demeurer délicate, et il faut prendre garde de livrer sans défense les intérêts du commettant à l'entière discrétion de son commissionnaire.

Si tel est le criterium, la contre-partie ne pourra être admise dans l'hypothèse où le commissionnaire aura toute latitude d'agir,

1. Le fait que des conseils ont été donnés par le commissionnaire contre-partiste à son client n'implique pas que celui-là soit nécessairement un mandataire, et ne puisse être un contre-partiste. (Paris, 5 janvier 1900 précit.)

indépendance complète, initiative entière ; mais, par contre, elle sera parfaitement acceptable dans tous les autres cas.

Expliquons-nous sur ce point :

Tantôt le commettant laisse au commissionnaire le soin de décider de l'opportunité de la vente ou de l'achat : ce sont les ordres à appréciation ; tantôt, au contraire, il limite sa liberté, indique les bases et les bornes de son action : ce sont les ordres à conditions déterminées.

La contre-partie se conçoit-elle pour ces deux grandes catégories d'ordres ?

a. — La jurisprudence italienne possède, sur le point de savoir si la contre-partie est compatible avec les ordres à appréciation, un intéressant document : c'est l'affaire Bingen. Les frères Bingen, de Genève, avaient, en octobre 1891, 200 actions du « *Credito mobiliare italiano* », appartenant à un capitaliste de Turin. Le 20 octobre, ils conseillèrent la vente des actions, et, le 3 novembre, reçurent le télégramme suivant : « *Decidete convenienza Credito mobiliare operando, telegrafate subito.* » Ils vendirent et avisèrent immédiatement leur donneur d'ordres par télégramme. Une note suivait, déclarant que la vente avait été consentie à deux agents de change. A quelque temps de là, les frères Bingen, déclarés faillis, furent obligés

de convenir que la vente des titres du *Credito mobiliare* avait été simulée, et qu'en réalité, ils s'étaient établis contre-partie ; mais ils soutenaient que l'opération était parfaitement valable, et que la propriété des titres leur appartenait désormais. La Cour d'appel de Genève et la Cour de cassation de Turin leur donnèrent tort et décidèrent : « *Que la charge spéciale de juger*
« *de l'opportunité de la vente, étrangère à la*
« *fonction de commissionnaire, ne saurait être*
« *conciliable avec la faculté d'entrer dans le con-*
« *trat comme acquéreur* ¹. »

Telle est l'attitude de la jurisprudence italienne en présence d'ordres à appréciation. Quelle doit être celle de la jurisprudence française ? Nous pensons qu'elle doit s'inspirer de la décision italienne. La contre-partie est admissible seulement au cas où elle n'est point prohibée par une volonté contraire émanant du commettant. Il n'est nullement nécessaire que cette volonté soit expresse ; il suffit qu'elle soit tacite. Or, laisser au commissionnaire le soin de décider de l'opportunité de l'opération, n'est-ce point lui refuser tacitement le droit de s'établir contre-partiste ? L'on ne peut supposer que le commettant ait voulu

1. 15 septembre 1892 (*Diritto comm.*, XI, 147) et 13 janvier 1893 (*Temì Genovèse*), V, 160. — Vide SRAFFA, *loc. cit.*, p. 364.

l'impossible ; or, n'est-ce point vouloir l'impossible que de dire : « *Si les cours sont favorables à la vente, c'est-à-dire s'ils ont chance de baisser, achetez-moi ma marchandise ; si vous pensez qu'ils vont monter, vendez-moi la vôtre ?* »

Où trouver un commettant assez naïf pour donner un pareil ordre ; où rencontrer un commissionnaire assez désintéressé pour l'exécuter ?

Il n'est donc pas possible d'admettre la contre-partie en présence d'ordres à appréciation. Mais cela ne prouve rien contre la légitimité de la contre-partie en général.

La contre-partie de tels ordres ne se conçoit point ; elle impliquerait contradiction. La question reste donc en dehors du point qui nous occupe.

b. — C'est donc seulement en présence d'ordres à conditions déterminées que peut se poser le problème, et, sur ce terrain, nous n'hésitons pas à déclarer que la contre-partie est parfaitement possible.

Le commettant peut avoir dans ses ordres :

- 1° Fixé le taux auquel on devra opérer ;
- 2° Indiqué le moment de l'exécution ;
- 3° Demandé que l'on opère au mieux.

Qu'il s'agisse de la détermination du taux ou de l'indication du moment d'exécution, le commissionnaire accomplit rigoureusement les ordres de son commettant, dès lors qu'il opère

au prix fixé au moment indiqué. Peu importe qu'il s'applique à lui-même l'opération ou l'exécute avec un tiers ; dans l'un ou l'autre cas, les intérêts du commettant sont également sauvegardés.

On dit, il est vrai, que, lorsque l'ordre est donné pour un prix fixé, si, par hasard, il advient qu'on puisse opérer à un prix plus favorable, le bénéfice doit profiter au commettant. Rien de plus juste ; mais, sur ce point même, il n'est pas certain que les intérêts du commettant soient mieux sauvegardés par le commissionnaire simple intermédiaire que par le commissionnaire contre-partiste.

En effet, il peut se présenter deux circonstances : avant le cours fixé, on ne cote point de cours plus avantageux ; dans ce cas, dès qu'apparaîtra le cours indiqué, le commissionnaire se hâtera de conclure, parce qu'il pourrait s'exposer à ne plus en revoir d'aussi favorable, et à encourir la responsabilité de la non-exécution. Si, au contraire, l'on cote un cours plus avantageux, il est bien évident que l'obligation de conclure s'impose au commissionnaire contre-partiste comme à tout intermédiaire. On ne voit donc pas bien comment, par suite de la contre-partie, les intérêts du commettant seraient sacrifiés en cas d'ordres donnés à prix ou à un moment déterminés. On ne le voit pas non plus

dans l'hypothèse d'ordres donnés au mieux. C'est qu'en réalité, les ordres « au mieux » se confondent avec les ordres à prix déterminé. Il n'est pas vraisemblable que le commissionnaire laisse échapper le cours actuel dans l'attente d'un meilleur : un cours plus désavantageux pourrait survenir, entraînant pour le commissionnaire de graves responsabilités vis-à-vis de son commettant. En pratique donc, le commissionnaire traitera au cours de la réception de l'ordre, en avisera son commettant, qui ne pourra lui reprocher de n'avoir pas prévu les divers épisodes du marché.

La crainte d'une collision d'intérêts, en ce qui concerne la contre-partie du commissionnaire, apparaît donc comme illusoire. Le commettant n'est point laissé à la discrétion de son mandataire ; il jouit d'une garantie fort sérieuse, la garantie du jeu mécanique des cours du marché. Les cours s'imposent à tous, spéculateurs et intermédiaires ; ils sont nécessaires et inéluctables ; ils planent sur toutes les opérations de bourse et déterminent tous les contrats, comme la Fatalité détermina les actes des héros eschyliens. Il est donc indifférent que le rôle du commissionnaire se limite à celui d'intermédiaire ou s'étende à celui de contre-partiste, puisque, intermédiaire ou contre-partiste, le commissionnaire est tou-

jours retenu dans les limites des cours du marché.

Il est vrai qu'on fait ici une objection. Il n'est pas exact, dit-on, que les commissionnaires soient nécessairement soumis au cours ; si, la plupart du temps, les cours s'imposent à eux, bien souvent aussi, ils peuvent leur faire subir leur action personnelle. Cela se fait de deux façons :

- A. en provoquant des cours factices, —
- B. en pratiquant la taille des cours.

A. — Lorsque s'ouvrit en Allemagne l'enquête sur la loi des Bourses, et que, par là même, se posa la question de l'admissibilité du *Selbsteintritt*; le premier inconvénient qui frappa les jurisconsultes fut celui de la provocation des cours factices.

Ils avaient, d'ailleurs, présent à la mémoire un exemple récent fort typique, et bien capable d'indisposer leurs esprits à l'endroit du commissionnaire contre-partiste. Une banque de Berlin, s'occupant d'affaires de commission, avait télégraphié à ses clients en leur donnant conseil d'acheter le lendemain, au premier cours, les actions d'une certaine société, parce que les titres en question étaient susceptibles d'une hausse extraordinaire. Alléchés par cette espérance, une grande partie des clients donnèrent ordre d'acheter le lendemain au premier cours,

La banque, avant de donner son conseil, s'était hâtée de se procurer les titres en question, de sorte qu'il en restait fort peu sur le marché, et que les nombreuses demandes se trouvaient en face d'offres inférieures. La banque s'établit contre-partie, vendit à ses clients et leur fit supporter un préjudice de 10, de 15 % et plus ¹.

Cet exemple n'est point isolé, et nous avons dit déjà que les manœuvres frauduleuses de certains commissionnaires sont choses qui se voient malheureusement ailleurs qu'en Allemagne. En réalité, deux moyens s'offrent à eux pour provoquer la hausse ou la baisse.

1^{er} Moyen. — L'effet infaillible d'une offre étant spécialement, lorsque l'opération porte sur des titres n'ayant pas une large base, de faire diminuer le prix, le commissionnaire qui a un nombre assez grand de titres à vendre commence par mettre en vente une faible partie en laissant ou faisant comprendre qu'il en tient en réserve pour une vente ultérieure un stock considérable : stratagème à la portée de tous, qui provoque infailliblement une baisse, soit par

1. *Material der Boersen-enquetcocommission, stenografische Berichte mit Register.*, p. 597 et ss. — Confer.: Cour d'appel de Rome, 30 mars 1895, affaire Lazzaroni (*Diritto comm.*, XIII, 378); — Cass. de Rome, 7 juin 1895 (*Dirit. comm.*, XIII, 542); — ESCHENBACH, *das Kommissionsgeschäft mit Selbsteintrittsrecht*, etc., vol. XII (1892), p. 19. — Dans le même ordre d'idées, v. le rapport du C. Roullier, *cit. supra*.

l'effet de l'offre, soit plutôt par l'annonce habile d'une offre prochaine supérieure à la première. La baisse produite, le commissionnaire s'établit contre-partie et profite de l'opération.

2° *Moyen*. — Il consiste à simuler une opération sur titres ; la simulation est faite par le commissionnaire ou un compère. Selon qu'il spécule à la hausse ou à la baisse, le commissionnaire imagine l'opération à un cours inférieur ou supérieur. L'influence se produit immédiatement sur la cote officielle, et, dès qu'elle est bien établie, le commissionnaire entre dans le contrat au détriment de ses commettants.

Ces manœuvres, pour employer l'expression anglaise vulgaire, ces « tripotments »¹ des cours sont fréquents : sont-ils un argument contre notre thèse ? Nous connaissons déjà la question : la fraude du commissionnaire vicie l'opération directe, mais ne saurait la faire prohiber d'une façon générale. Or, ces divers procédés employés par les commissionnaires malhonnêtes sont incontestablement des fraudes ; si leur existence est prouvée, l'opération sera nulle pour cause de dol. Il y a plus : si l'on prouve que le commissionnaire a conseillé des opérations pour s'en faire une application profitable,

1. L'expression française « tripotage » n'a pas exactement le même sens.

il y a élément constitutif d'escroquerie, fait délictuel, et qui relève de la loi pénale. Dans les deux cas, on se trouve en présence d'une contre-partie malhonnête: ce n'est pas celle-là qu'il s'agit de permettre.

B. — La pratique de la « taille des cours » confine, elle aussi, à la fraude, et se rapproche en ce point de la provocation de cours factices. Expliquons d'abord en quoi elle consiste. Supposons qu'un titre a eu dans un même jour des prix différents à la Bourse. Le commissionnaire auquel un ordre a été donné relativement à ce titre, exécute réellement avec un tiers le contrat dont il a été chargé, à un cours qui n'est ni le plus haut ni le plus bas, mais à un cours moyen. Puis, il déclare à son commettant un prix autre que celui auquel l'opération a été effectuée, prix qui correspond au cours le plus haut en cas de commission d'achat, au prix le plus bas en cas de commission de vente; finalement, il s'établit contre-partie et bénéficie de la différence ¹. Ce procédé est fort usité en Allemagne sous le nom

1. Supposto che il commissionario abbia venduto realmente ad un terzo al prezzo massimo della giornata, egli dà interesse di apparire, invece, come controparte al prezzo medio quello cive del listino ufficiale; può quindi accadere che il commissionario si dichiari al committente controparte (benche abbia realmente operato con un terzo) con lo scopo di lucrare, indebitamente, la differenza fra il prezzo realmente praticato con il terzo e quello medio, risultante dal listino di borsa (SRAFFA, *loc. cit.*, p. 25.) — *Vid.* Fernando Piccinelli, art. dans le *Monitore dei tribunali*, Milan, 26 novembre 1898, p. 943.

de *Schnitt*, et considéré comme valable par Eschenbach¹. Il en donne pour raison que, quand le commissionnaire conclut l'affaire dans les limites du cours, il accomplit son mandat.

Lorsque, plus tard, il s'applique l'opération à un prix plus bas ou plus élevé selon les circonstances, il contracte avec lui-même, et accomplit une opération différente de la première².

Ce raisonnement a le tort de laisser dans l'ombre le caractère fiduciaire du contrat de commission, et de considérer le commissionnaire comme un étranger à l'endroit du commettant. Il est facile de voir que, avant de se déclarer contre-partie, et même lorsqu'il se déclare contre-partie, le commissionnaire conserve l'obligation de remplir les devoirs de sa fonction, et qu'il y manquerait s'il entrait dans le contrat après avoir fait l'opération avec un tiers³.

Il nous semble donc difficile de réhabiliter l'opération de la taille des cours. Incontestablement, c'est une pratique antijuridique; mais

1. ESCHENBACH, *Zür Börsenreform*, 1892. — Voir encore *Material der Börsenquetecommission*, p. 912.

2. A propos du *Schnitt*, l'on distingue le *Courseschneiden* et le « *auf dem Rücken der Kommittenten spekuliren* ». — Confer., ENDEMANN, *Boersen Kommissionsgeschäft*, p. 15.

3. Cfr.: STAUB, *Kommentar zum allgem. dent. Handelgesetzbuch*, 3^e et 4^e édit. (1895-90, p. 872); — SRAFFA est de l'avis de STAUB, et reconnaît que le *Schnitt* « è assolutamente inammissibile per diritto italiano ». (Vid. SRAFFA, *loc. cit.*, p. 357.)

est-elle inhérente à la contre-partie ? S'y rencontre-t-elle fréquemment, et, lorsqu'elle s'y rencontre, est-il possible de la réprimer ? Là est toute la question.

Il convient tout d'abord de remarquer que la taille des cours n'est pas un inconvénient spécial à la contre-partie, mais commun à toutes les opérations de bourse. Il peut très bien se faire que le commissionnaire, contractant réellement avec un tiers, indique à son commettant un prix autre que le prix réel de l'opération, dans le but de s'approprier la différence. Pour cela, il suffit d'un simple jeu d'écriture sur ses livres¹.

D'un autre côté, il ne faut pas s'exagérer la portée de l'inconvénient résultant de la possibilité de la taille des cours : elle n'est point si fréquente, et il n'est pas si facile de la pratiquer. Les cours de la Bourse sont en effet connus de tous, sinon dans toutes leurs fluctuations, du moins dans leurs principales variations. C'est en effet une erreur grossière de croire que la cote officielle n'indique qu'un seul cours ; elle en fait connaître au moins quatre :

Le cours d'ouverture, celui de clôture, le cours le plus haut et le cours le plus bas². Si

1. Voy., à ce sujet, Fernando PICCINELLI, *loc. cit.*, p. 942.

2. Sraffa, qui avait affirmé que la cote officielle italienne indique seulement le cours moyen, s'est vu opposer un démenti par Fernando Piccinelli, qui déclare que « del listino ufficiale fanno parte tanto i prezzi fatti massimi e minimi quanto i prezzi a questi intermedi ».

l'ordre a été donné à un moment fixe, il est facile au commettant de se rendre compte si le prix que lui fait connaître son commissionnaire correspond exactement au cours de la bourse au moment précis de l'exécution. D'ailleurs, le danger du *Schnitt* s'atténue encore par ce fait qu'en pratique, le commissionnaire donne connaissance de l'opération exécutée par téléphone ou par télégraphe¹. Que l'on ajoute à cela le nombre toujours croissant des journaux financiers, le soin avec lequel banquiers, coulissiers, hommes d'affaires tiennent leurs clients au courant des moindres épisodes de la bourse, et l'on se convaincra qu'il faut nécessairement que le commettant vive dans un autre monde que le nôtre pour que son commissionnaire puisse abuser de lui en pratiquant cyniquement la coupe des cours. Mais, à supposer que cette fraude ait été commise, il n'est pas impossible ni de la découvrir ni de la réprimer. M. Thaller indique que, dans le débat entre commettant et commissionnaire, on peut être amené à requérir la représentation des livres. C'est une sérieuse garantie pour le commettant, car les livres indiquent les opérations effectuées par le ministère du commissionnaire, leur objet et leurs conditions essentielles ; et il est bien peu

1. Ou du moins dans les vingt-quatre heures.

probable que l'intermédiaire veuille courir le risque d'être obligé, au cas de graves abus, à fournir la preuve de sa malhonnêteté et du caractère louche de ses opérations. Remarquons, en outre, que la garantie résultant de l'exhibition des livres est commune au commettant dont les commissionnaires exécutent la contre-partie, et à ceux dont les commissionnaires s'en tiennent au simple rôle d'intermédiaires.

Il n'est donc point vrai de dire que la contre-partie présente des dangers spéciaux. La fraude peut exister aussi bien au cas d'absence de contre-partie qu'au cas de contre-partie ; elle n'est pas plus difficile à découvrir et à réprimer dans un cas que dans l'autre.

Nous pouvons donc maintenant avec assurance nous prononcer en faveur du *Selbsteintritt* : aucune raison juridique ne s'oppose à son accomplissement ; des préjugés seuls peuvent y porter obstacle. Il est vrai que ces préjugés seront difficiles à déraciner. La jurisprudence renoncera avec répugnance à l'étroite protection qu'elle accorde au spéculateur : combien pourtant cette sollicitude est peu méritée. A la vérité, il se rencontre de malhonnêtes intermédiaires ; mais il n'est pas certain « *que le spéculateur soit toujours un petit ange, destiné à demeurer l'éternelle dupe de contre-partistes frauduleux.* »

Personne n'est plus que le spéculateur en valeurs ou en marchandises en éveil sur ses intérêts. Tous les procédés lui sont bons ; toutes les arguties lui sont des instruments propres à échapper aux engagements librement consentis. Tantôt il se cache derrière l'exception de jeu ; tantôt il met en avant le monopole des agents de change ; tantôt enfin, en désespoir de cause, il use de l'exception de contre-partie. N'est-il pas regrettable que les tribunaux se prêtent à ces faux-fuyants, que ceux qui se laissent effrayer par toute idée de spéculation, et seraient tout prêts à tenir la bourse pour un mauvais lieu, entravent la spéculation dans toutes ses formes ? Cela se conçoit ; ce qu'on ne conçoit point, c'est que des esprits entièrement libéraux et désireux d'encourager le marché financier, encouragent de semblables tentatives ¹.

Quoi qu'il en soit, nous ne pouvons tenir compte, ni des considérations d'ordre politique, ni des préjugés d'ordre moral que l'on prétend opposer à la contre-partie du commissionnaire.

1. Des tendances restrictives se manifestent dans le contre-projet Viviani, développé à la Chambre le 8 mai 1893. — Au contraire, dans son rapport des 28 mars-8 avril 1885, Naquet fait preuve de tendances libérales. « Là, dit-il, où l'on veut faire à toute force régner l'ordre et la moralité, l'on engendre seulement l'immoralité et l'effronterie. — En Italie, le projet Barrozzuoli, présenté à la Chambre des députés le 21 novembre 1895, est dans le même sens. — Voy., sur ce point, BASSANO, *Le operazioni di borsa*, E. 2, 1898, Livourne, p. 395 et ss. V. encore le projet TRARIEUX et BOULANGER, pr. seul. au Sénat en 1898.

Nous devons nous placer uniquement sur le terrain juridique, et, sur ce terrain, l'institution est inattaquable.

SECTION II

La combinaison des commandes

(APPLICATION DES ORDRES CONTRAIRES)

Nous en aurions fini avec la question du contrat avec soi-même du commissionnaire, s'il ne nous restait à examiner brièvement le second aspect que peut revêtir ce phénomène. Nous voulons parler du cas où le commissionnaire accomplit un contrat entre ses deux commettants.

Cette opération s'appelle la compensation des commandes. Les maisons de banque ou de courtage qui ont une nombreuse clientèle compensent fort souvent entre elles les opérations de nature opposées (achats et ventes), mais portant sur des titres de même espèce, que divers clients leur donnent ordre de faire le même jour.— Par suite de cette compensation, les intermédiaires croient pouvoir se dispenser de faire exécuter réellement en bourse les ordres reçus ¹.

1. V. rap. conseiller ROULLIER, précité. — La question de la compensation des commandes ne se pose plus pour les agents de change. Elle leur est permise sous le nom d'application des ordres contraires

Que faut-il penser de cette opération ?

Il faut tout d'abord remarquer que l'on ne peut en expliquer la construction juridique sans faire intervenir l'idée du *Selbsteintritt*¹.

Grünhut² l'a toutefois essayé. Pour bien comprendre son système, suivons le développement de James Breit sur la question : « *Le « commissionnaire B reçoit de l'un de ses com-
« mettants l'ordre d'acheter deux cents parts
« d'actions des mines de Harpener, sans que le
« prix dépasse 130. — D'autre part, il reçoit
« d'un autre commettant l'ordre de ne pas vendre
« le même nombre d'actions au-dessous de 128. »*

Certes, le moyen le plus rapide, et tout ensemble le plus simple d'exécution, est la combinaison des commandes. Mais comment construire l'opération : se conçoit-elle en dehors du *Selbsteintritt* ? Est-il, au contraire, nécessaire de faire intervenir cette idée pour la justifier ?

La construction peut très bien se faire, dit

(art. 43 du décret de 1870 précité); mais elle demeure vivante pour les maisons de banque et autres commissionnaires. — L'art. 43 fournit sans doute un argument sérieux aux partisans de l'admissibilité. Il ne tranche pas toutefois la question; car, si l'application va de soi pour les opérations faites par l'agent de change, opérations nécessairement exécutées en bourse et au cours du jour, il n'en est pas de même lorsque de telles opérations se trouvent accomplies hors de la bourse par des commissionnaires

1. BERGE (405-3), *Recht des Selbsteintritts*. — MULLER (S. 3105), F. l. g.

2. GRÜNHUT, *Das Recht des Kommissionshandels*, 457. Grünhut, s'inspire de la loi de Nuremberg, § 405, 3, K. G. B. — Sur ce point consulter encore BERICHT, § 165, cité par James BREIT, *op. cit.*, p. 47.

Grünhut, abstraction faite du *Selbsteintritt*, en soutenant que le commissionnaire représente à la fois d'une façon distincte ces deux commettants, réunit leurs personnes et leurs volontés en sa volonté propre, de telle sorte qu'en dernière analyse, l'opération se trouve conclue « *mutuo consensu* » des deux commettants. Cette explication ne semble point impeccable. Il n'y a que deux moyens d'exécution de la commission : l'exécution régulière et celle au moyen du *Selbsteintritt*.

Prétendra-t-on que le commissionnaire, tandis qu'il fait la compensation des commandes, exécute la commission régulièrement? Cela est peu vraisemblable. En effet, s'il voulait opérer régulièrement la commission d'achat qu'il a reçue de Primus, il devrait réellement acheter de Secundus ; mais cela est impossible, si, au préalable, Secundus lui a donné une commission de vente correspondante.

A l'inverse, s'il veut exécuter régulièrement la commission de vente, il faudra qu'il vende réellement en son nom les actions de Secundus, ce qui est de nouveau impossible, étant donné l'ordre d'achat à lui adressé par Primus ¹.

Si la compensation des commandes ne se comprend point avec l'exécution normale de la

1. James BREIT, *Selbsteintrittsrecht*, p 48.

commission, elle s'explique, au contraire, fort bien avec le *Selbsteintritt*. Le commissionnaire conclut le contrat avec lui-même, s'établit à la fois acheteur et vendeur pour le compte de deux commettants : il n'y a là aucune contradiction.

Cette construction originale de la compensation des commandes, impliquant le contrat avec soi-même, devrait la faire rejeter par tous ceux qui répugnent à l'admissibilité d'un tel contrat. Il n'en est pas toutefois ainsi, et bon nombre d'auteurs, sans admettre la contre-partie, valident la compensation des commandes.

C'est ainsi que Duranton ¹, après avoir déclaré qu'une personne ne peut être à la fois acheteur et vendeur, ajoute que rien ne s'oppose à ce qu'un seul individu reçoive en même temps commission de diverses personnes d'acheter ou de vendre la même chose. « *Par exemple, je remets à un commissionnaire une marchandise pour qu'il en effectue la vente, et Paul lui donne de son côté l'ordre d'acheter une marchandise de même espèce : le commissionnaire peut effectuer la double opération.* »

De son côté, Pardessus ² s'exprime en ces termes :

DURANTON, *Dr. civ. fr.*, vol. 10, n° 207, p. 68. — BECKKER, *System. des heut. Pandectenr.*, v. 1^{er}, p. 261.

2. PARDESSUS, *Dr. comm.*, n° 580. — *Contra* : LYON-CAEN et RENAULT, t. III, p. 270; — DELAMARE et LÉPOITEVIN, n° 240. — BOISTEL, *Traité élém. de dr. comm.*, p. 935.

« Souvent, le commissionnaire chargé par un
« correspondant de vendre des marchandises,
« reçoit d'un autre la mission d'en acheter de sem-
« blables. Ce serait peut-être pousser trop loin la
« sévérité que de dire qu'il ne peut pas réunir ces
« deux commissions, et qu'elles sont incompatibles,
« parce qu'il est possible qu'il soit payé d'autant
« plus cher par l'un, s'il fait hausser le prix, et
« par l'autre, s'il achète à bon marché. »

La jurisprudence elle-même adopte cette opinion. Un arrêt de cassation ¹ du 11 avril 1860 déclare que : « Le commissionnaire peut
« agir à la fois pour le compte de l'assuré et de
« l'assureur. » En vain, certains ont-ils protesté contre cette tendance de la jurisprudence, en soutenant qu'il n'est guère admissible que deux parties contractantes agissent par le même commissionnaire ; qu'en effet, la nécessité d'un concours de volontés pour qu'il y ait contrat paraît ne pas comporter cette qualité mixte du commissionnaire, et qu'au surplus les principes de la commission semblent ne pas moins y résister.

Ces protestations ont trouvé peu d'écho. Sans doute, sacrifiant à la logique, certains auteurs et certains tribunaux ont admis cette extrême conséquence; mais ils n'ont pu échapper

¹ Cass. 11 avril 1860 (S. 316). — Rouen, 22 avril 1872 (D. 73.2.99).

au reproche de consacrer une contre-vérité économique, lorsqu'une offre coïncidant avec une demande chez un même individu, ils ont empêché cette offre et cette demande de se rencontrer pour former convention. Aussi la tendance générale a-t-elle été d'éviter à tout prix ce reproche. La Cour de Poitiers¹, dans un arrêt du 15 février 1897, nous fournit de l'état de la jurisprudence sur ce point un document intéressant. Un intermédiaire avait accompli une opération de report; la Cour décida, conformément d'ailleurs à une jurisprudence constante, que le commissionnaire ne peut reporter lui-même son client. Mais, par une curieuse inconséquence, elle admit que le report doit être jugé valable quand l'argent nécessaire à cette opération n'est pas sorti de la caisse de l'intermédiaire, mais qu'il a été fourni par les clients de celui-ci.

On voit donc que la compensation des com-

1. Poitiers (*Gaz. pal.* 14 et 15 av. 1897). — Voir aussi arrêt Cass. 29 avril 1902 (*Gaz. pal.*, 13 juin 1902 cit.) Le conseiller Denis, rapporteur, s'exprime ainsi sur la validité du report : Qu'est-ce que le client a voulu ? Être reporté ? Il l'est. « Le banquier coulissier qui « lui a fourni les fonds, et s'est nanti des valeurs en report (200 *Buffe's* « *doorn*, dans l'espèce) qu'il devra livrer en liquidation prochaine, « appelez-le possesseur de choses vendues à terme ou créancier « gagiste, n'a rien à perdre de la hausse désirée par son client, ni « rien à gagner à la baisse. L'événement lui est indifférent, et il faut « même dire qu'il a le même intérêt que son client à la hausse, « puisque la hausse assure la valeur de son gage. Donc il n'est pas sa « contre-partie dans le sens où elle est considérée comme illicite. »

mandes est en général admise, même par les adversaires du contrat avec soi-même. Naturellement, les partisans de cette sorte de contrat sont tout disposés à en proclamer la légitimité. Elle se justifie même mieux que la contre-partie proprement dite, s'il est possible ; en effet, elle est moins susceptible d'entraîner la collision d'intérêts. S'il y a lieu de craindre que le commissionnaire contre-partiste, placé entre son devoir et son intérêt propre, ne sacrifie l'un à l'autre, à coup sûr le danger est moins grand lorsque le commissionnaire ne se trouve plus sollicité par l'intérêt personnel, mais déterminé par des intérêts divers qui lui sont étrangers. Pourquoi veut-on qu'il trahisse l'un de ses commettants au profit de l'autre ? Pourquoi craindre qu'il ne manque à l'un de ses devoirs au profit d'un devoir opposé ? A la vérité, la situation ne laisse pas que d'être délicate, mais il est néanmoins possible de la résoudre. Qu'il suffise de dire que le commissionnaire ne devra point laisser ignorer les circonstances à chacun de ses commettants. Il devra leur demander des instructions d'autant plus précises, qu'il ne peut, sans de grands inconvénients, recevoir de chacun d'eux des ordres à appréciation. Au surplus, l'usage ou, à son défaut, l'équité servent à décider s'il peut recevoir une rétribution de l'un et de l'autre. Ces circonstances favorables ont

vraisemblablement décidé la jurisprudence. Nous ne pouvons que l'approuver d'admettre la compensation des commandes.

Mais comment n'aperçoit-elle pas qu'admettre la compensation, c'est admettre aussi la contre-partie proprement dite? N'est-il point illusoire en effet de conserver, alors qu'on reconnaît la possibilité de la compensation, l'interdiction de la contre-partie? Le commissionnaire contre-partiste tournera facilement la prohibition en recourant à un compère, à un prête-nom. Contre-partie et compensation sont deux opérations indissolubles; elles forment bloc: l'on ne peut logiquement admettre l'une et rejeter l'autre. La jurisprudence a déjà fait un pas en validant la compensation; elle accomplira un second progrès, et celui-là définitif, en admettant la contre-partie.

CONCLUSION

L'examen rapide que nous avons fait du contrat avec soi-même nous a permis de constater que ce contrat est en parfaite harmonie avec les exigences métaphysiques du droit idéal.

Les difficultés pratiques qu'il soulève sont à coup sûr nombreuses ; il serait imprudent de nous vanter de les avoir toutes résolues.

Au surplus, tel n'était point notre but : nous voulions avant tout jeter un peu de lumière sur la route incertaine où s'engage la jurisprudence en cette matière.

Le droit positif n'est point fixé en ce qui concerne le contrat avec soi-même : tantôt on en admet la manifestation, tantôt on l'a prohibe, et l'on peut dire, sans être taxé d'exagération, que cela se fait un peu arbitrairement. Il faudrait une formule générale, assez large pour permettre le contrat avec soi-même, et assez restreinte pour en empêcher les inconvénients.

Ce n'est point à l'interprète de fournir cette formule ; tout au plus peut-il en indiquer les bases : au législateur incombe la tâche de

donner, dans les lois positives, droit de cité à une institution nouvelle.

Il est à souhaiter que le législateur français s'inspire, en cette matière, du libéralisme de la législation allemande, et que, mettant fin aux hésitations de la jurisprudence, il déclare que le contrat avec soi-même est admissible, tout en indiquant ses conditions de validité et les limites de son domaine d'application.

Vu :

Le Professeur Président de la Thèse,
DANJON.

Vu

Le Doyen de la Faculté,
EDMOND VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Université de Caen,
E. ZEVORT.



TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
INTRODUCTION.	

PREMIÈRE PARTIE

Notions théoriques du contrat avec soi-même

CHAPITRE I ^{er} . — LE RÔLE DE LA VOLONTÉ DANS LA REPRÉSENTATION.	17
I. — Qu'est-ce que représenter ?	18
II. — Y a-t-il une représentation directe et une représentation indirecte ?	19
III. — Quel est, dans la représentation, le véritable contractant ?	22
CHAPITRE II. — NATURE JURIDIQUE DU CONTRAT AVEC SOI-MÊME	34
SECTION I ^{re} . — <i>Le contrat avec soi-même et la pluralité des volontés.</i>	40
SECTION II. — <i>Le contrat avec soi-même et l'idée d'acte unilatéral.</i> (Examen des théories de Rümelin et de Römer.)	46
SECTION III. — <i>Le contrat avec soi-même contrat sui generis.</i>	62
CHAPITRE III. — CONDITIONS DU CONTRAT AVEC SOI-MÊME.	
Il suppose :	
1 ^o La représentation directe ou indirecte.	73
2 ^o L'absence du conflit d'intérêts.	78
CHAPITRE IV. — EFFETS DU CONTRAT AVEC SOI-MÊME.	85

DEUXIÈME PARTIE

Domaine du contrat avec soi-même en droit positif

LIVRE I ^{er} . — Les Origines.	93
CHAPITRE I ^{er} . — DROIT ROMAIN.	93
SECTION I ^{re} . — <i>Le transfert à soi-même.</i>	95
a) Constitut possessoire	95
b) Le « sibi solvere »	97

	Page.
SECTION II. — <i>Le prêt à soi-même</i>	105
SECTION III. — <i>Achat et vente avec soi-même</i>	111
CHAPITRE II. — DROIT ITALIEN DE LA RENAISSANCE.	119
LIVRE II. — Le Droit moderne	125
Exposé de la question.	125
TITRE I ^{er} . — Le contrat avec soi-même dans le domaine de la représentation directe	141
CHAPITRE I ^{er} . — MANDATAIRE D'UNE PERSONNE PHYSIQUE.	142
SECTION I ^{re} . — <i>Le mandataire peut-il s'établir contre-partie de son mandant ?</i>	142
SECTION II. — <i>Le mandataire de deux ou de plusieurs personnes peut-il faire contracter ces personnes entre elles ?</i>	142
CHAPITRE II. — MANDATAIRE D'UNE PERSONNE MORALE.	161
SECTION I ^{re} . — <i>Le contrat avec soi-même du représentant d'une société unique</i>	165
§ 1 ^{er} . — <i>Traité avec la société</i>	166
§ 2. — <i>Vote dans les assemblées</i>	181
SECTION II. — <i>Contrat avec soi-même du représentant de plusieurs sociétés</i>	193
TITRE II. — Le contrat avec soi-même dans le domaine de la représentation indirecte	201
CHAPITRE UNIQUE. — DE LA CONTRE-PARTIE DU COMMISSIONNAIRE EN BOURSE OU EN MARCHANDISES.	
SECTION I ^{re} . — <i>De la contre-partie proprement dite</i>	212
SECTION II. — <i>De la combinaison des commandes</i>	245
CONCLUSION	251

